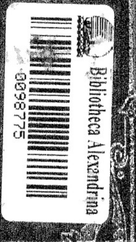


٢

الملكية في الشريعة الإسلامية

مع المقارنة بالشرائع الوضعية

معناها، أنواعها، عناصرها، خواصها، قيودها



دار الفكر العربي



﴿وَلله مُلْكُ السَّمٰوَاتِ والأَرْضِ وَما بَيْنَهُمَا . . .﴾*

قرآن كريم

(*) الحديد آية ٧.



مقدمة

الحمد لله رب العالمين، وصلاة الله وسلامه على سيدنا محمد إمام المرشدين الهادى إلى الحق المبين، وعلى آله وصحبه أجمعين.

أما بعد : فهذه دراسة لموضوع الملك فى الفقه الإسلامى مقارنة بما له فى الفقه الوضعى من بحوث وآراء أرجو أن يكون لها بالتقاء الفقهين واجتماعهما فيها أحسن الأثر فى تجلية خصائص الملك، وما للفقهين من اتجاهات فى تحليله وبيان عناصره وآثاره وتحديد نطاقه وما له من صور وأوضاع اختلفت وتعددت باختلاف البيئات والأوطان والعادات، وبمثل هذه الدراسات المقارنة نرجو أن نهتدى إلى قول الحق فى تفهم الملك وتحديد نطاقه، وبيان أغراضه وثمراته. فإن نظام الملك ومايتصل به ذو أثر بالغ فى حياة الأمم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية، ومن ثم كان سريع التطور والتغير بمرور الزمن وتطور المجتمعات وتغير أساليبها السياسية وآرائها الاجتماعية بسبب ما يتعرض له من صور. وما يفرض عليه من قيود، وما يطلب منه من غايات وأغراض.

ولما كان الملك نوعا من الحقوق كان التعريف به متطلبا أن يسبق بتمهيد فى الحق وأقسامه وخصائصه بصفة إجمالية؛ ليتبين موضعه بين الحقوق المختلفة المتعددة الأنواع إذ إن ذلك أوفى بالغرض وأقرب إلى تحقيقه.

الحق

استعمل علماء الفقه الإسلامى اسم الحق كثيرا فى مواضع مختلفة وفى معان عديدة متمايزة ذات دلالات مختلفة على الرغم من انتظامها فى معنى عام يجمعها هو الثبوت. ومع كثرة استعمالهم إياه لم يعنوا ببيان حدوده فى مواضع

استعمالاته المختلفة، بل اكتفوا بوضوح معناه اللغوى ودلالتـه عليه ووفائه بجميع استعمالاته فى اللغة والعلوم ومخاطبات الناس.

ومعنـاه فى اللغة الأمر الـثابت الموجود. وعلـى أساسه اسـتعـمله الفقـهاء فأطلقـوه على كل ما هو ثابت ثبـوتا شرعيـا أى بحكم الشارع وإقـراره، وكان له بسـبب ذلك حمـايته سـواء أثبت هذا الحق لشخص من الأشـخاص أم لعـين من الأعيان، كحق الشرب، وسواء أكان هذا الحق ممثلا لاختصاص أم لملك. ولا نبعد إذا ما ذهبنا إلى تعريفـه فى الفقه الإسلامى مذهبـا نستمده من استـعمالاتهم إياه. فنعرفه بأنه ما ثـبت بإقرار الشارع وأضفى عليه حمايتـه. وعلى هذا الأساس قالوا من حق فلان أن يفعل كذا، أو أن يتـملك. وهذه العين حق لفلان، ولفلان حق قبل فـلان، كما أطلقوه عـلى ماله ضرب من الاختـصاص، فأطلقـوه على العين فقالوا: هذه الدار أو هذه الشاة حق لفلان، وعلـى المنفعة، فقالوا : سكنى هذه الدار أو ركوب هذه الدابة حق لفـلان، وعلى المصلحة، فـقالوا : ولاية هذا المال حق لفلان، وحـضانة هذا الصـغيـر حق لفلانة، فـأطلق على المال عقـارا كان أم منقولا، وعلى المصلحة مالية كانت أم أدبية.

وكذلك أطلقوه على مرافق العقار، كحق الشرب وحق المسيل وحق التعلى، لما فيها من معنى الاختصاص.

وقد جـاء فى تبيـين الحقـائق «شرح الكنز» للـزيلعى أن الحق ما اسـتحـقه الإنسان. وهذا التعريف ظاهر فى أنهم يريدون بالحق ما استحقه الإنسان على وجه يقره الشـارع ويحميه فيـمكنه منه ويدفع عنه. وهذا تعريف يجعل الحق فـى الفقه الإسلامى قريبا مما عـرف به فى الفقه الوضعى إذا ما غضضنا النظر عـما يراه الفقه الغربى فى الحق من أنه لا يكون إلا مالا مع مراعاة اختلاف معناه فى الفقهين.

ومن الفقهاء من أطلق اسم الحق فى مقابلة العين ، كالحنفية. ولعل أساس هذا الإطلاق أن ماليس عينا ليس له قيام مستقل وإنما يتميز ويتعين بإضافته إلى غيره واختصاصه به فأطلق عليه اسم الحق مراعاة لهذا الاختصاص، وهذا أساس وصفه عند الحنفـية بأنه ليس بمال إذ إن المال فـى نظرهم لا يكون إلا عينا قـائمة بذاتـها. وهذا أساس استعماله فى آثار العقود فقالوا : حقوق العقد، ولا يريدون بذلك إلا آثاره من مصالح تضاف إلى طرفيه؛ لاستحقاقهما لها شرعا.

أما الحق فى الفقه الوضعى : فقد اختلف معناه باختلاف النظر إليه، فمن نظر إلى موضوعه عرفه : بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون لصاحبها. ومن نظر إلى صاحبه عرفه: بأنه قدرة أو سلطة خولها القانون لشخص من الأشخاص فى نطاق معين معلوم. ومن راعى النظرين عرفه: بأنه رابطة قانونية تجعل لشخص على سبيل الانفراد والاستئثار ولاية التسلط على شىء أو المطالبة بأداء معين من شخص آخر، وإن شئت قلت : إنه الصلة التى تكون بين طرفين منطوية على مصلحة يحميها المشرع . وبهذا التعريف ننظر إلى الحق نظرة موضوعية واقعية، دون أن نخلط بينه وبين موضوعه أو محله، وأظهرنا ما لطرفى الحق من أهمية.

وهو بهذا النظر لا يتناول إلا الحقوق الثابتة للناس بعضهم قبل بعض بمقتضى القانون، ولا يتناول ما توحيه الأخلاق وآداب السلوك والتقاليد مما لا تتعرض له القوانين، كما لا يتناول ما يسمى فى الفقه الوضعى بالمكنة أو الرخصة مما يطلق عليه فقهاء الشريعة اسم الحق فى أساليبهم. وكذلك لا يتناول نوعا آخر من المكنات ذات الاختصاص يراه رجال القانون فى منزلة وسطى بين الرخصة والحق إذ يرونه أدنى من الحق وأعلى من الرخصة، وهو ما يسميه فقهاء الشريعة بحق التملك، وذلك مثل حق الشفيع فى تملك العقار المبيع المشفوع فيه، وحق الشريك فى الدين فى تملك ما يوازى حصته مما استوفاه شريكه الآخر من الدين المشترك بينهما، وحق الوارث فى تملك التركة المستغرقة بالدين عند الحنفية، ولم يكن هذا النوع من الحقوق حقا عند فقهاء الفقه الوضعى؛ لأنه ليس بذى قيمة مالية بدليل عدم جواز التصرف فيه بنقله إلى شخص آخر، وعلى الجملة لا يرى فيه خصائص المال.

على أنه ينبغى أن نشير هنا إلى ما ذهب إليه بعض الفقهاء، مثل «جوسران» وهو أن للحق وظيفة اجتماعية لم يكن وجوده وشرعه إلا لتأديتها، وعليه إذا ما استعمل الحق لمجرد الإضرار بغير صاحبه أو لتحقيق غرض غير مشروع فإنه لا يكون فى هذه الحال حقا. وهذا ما يتسق مع ما للنظر إلى الحق على أنه صفة قانونية تستلزم واجبات معينة إذ إن ذلك يستوجب على صاحبه دائما عدم التعسف فى استعماله. وأنه ليس إلا أحد طرفى علاقة قانونية يتولد عنها التزامات بالنسبة إليه، كما يتولد عنها حقوق يتطلبها من غيره.

والشريعة الإسلامية لا تنكر هذا النظر ولا هذا التعريف بل تقره وتوثقه، وتعريف الحق بأنه مصلحة ذات قيمة مالية يحميها القانون ينطبق تمام الانطباق على عدد عديد من الحقوق والمصالح المتقومة فى الشريعة الإسلامية التى تحميها الشريعة لصاحبها وتسمى فيها باسم الحق فى تعبيرات الفقهاء الإسلاميين وفى بيانهم، كحق المستأجر فى الانتفاع بالعين المستأجرة، وحق المالك فى الانتفاع بما يملك، وحق الموصى له فى الانتفاع بالموصى به وغير ذلك من الحقوق التى تقرها الشريعة وتحميها وتطلق عليها اسم الحق.

وكذلك تعريفه بأنه رابطة قانونية بمقتضاها يخول القانون شخصا من الأشخاص على سبيل الاستئثار التسلط على شىء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر. أو تعريفه بأنه صلة بين طرفين تنطوى على مصلحة يحميها الشارع ليس إلا بيانا أشير فيه إلى معنى الحق ومصدره.

ومن المعلوم أن الروابط الشرعية التى تنشأ عنها الحقوق هى موضوع دراسة الشريعتين، ومن هذا يتبين أن الحق بالمعنى الذى ذهب إليه الفقه الوضعى لم يخرج عن إطلاقات الحق واستعمالاته فى الفقه الإسلامى، وليس من فرق بين الفقهين فى هذا سوى أن الفقه الوضعى قد قصر استعمال الحق فى مجال الالتزام على هذا المعنى الذى يدل على اعتباره مالا اصطلاحا منه فيه، بينا أن الفقه الإسلامى لم يكن له هذا الاصطلاح واعتمد فى استعماله اسم الحق وضعه اللغوى ودلالته العامة التى شرحناها من قبل فكان فى الفقه الإسلامى أعم منه فى الفقه الوضعى[1].

أنواع الحقوق :

والحقوق أنواع : حقوق عامة : وحقوق خاصة[2]. والعامة هى التى يحكمها القانون العام، نظرا لتعلقها بحق السيادة، ولذا تكون للفرد قبل الجماعة

(١) النظرية العامة للحق ، الدكتور شفيق شحاته فى تعريفه للحق، وحق الملكية، للدكتور الصدة.

(٢) ليس لفقهاء الشريعة مثل هذا التقسيم فى الحق، بل يقسمونه تارة إلى حق لله تعالى وإلى حق للعبد وإلى حق يضاف إليهما ولكن اختصاصه بالله أقوى، ويعبرون عنه بما اجتمع فيه الحقان وكان حق الله فيه غالبا، وإلى حق يضاف إليهما ولكن اختصاصه بالعبد أظهر. ويعبرون عنه بما اجتمع فيه الحقان وكان حق العبد فيه غالبا، ويمثلون للأول بالإيمان وحرمة الزنى ونحوه مما شرعه الله لمصلحة عامة لا تخص فردا بعينه، ويمثلون للثانى بحرمة مال إنسان على غيره وبدينه مما شرع لمصلحة خاصة ويمثلون للثالث بحق القذف،

لاباعتبارها شخصا معنويا، كحقه عليهم فى حـمايته أو للجماعة قبل الفرد، كحقها فى تقييـد نشاطه بمايحفظ الأمن، وقد تكون للهـيئات العامة المخـتلفة التى تتكون

ويمثلون للرابع بالقصاص

•تارة يقسمونه إلى حق مجرد وحق غير مجرد.

والحق المجرد عندهم ما كان غير متقـرر فى محله، ومعنى ذلك انه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لايزول بالتنازل عنه. بل مرجعه إلى رغبة مالكه ومشيئته إن رأى الخير فى الانتفاع به انتفع وإلا ترك دون أن يترتب على تركـه أو التنازل عنه تغير فى حكم مـحله، وذلك كحق المنفعـة فإنه فى الحقيـقة نوع من الولاية أعطيت للشفيع، وهى أن يتملك العقار بعد أن يتملك المشـترى، وملكية المشترى لهذا العقار قبل التنازل عن الشفعـة هى بعينها بعد التنازل عنها، وإذن فـلا تعلق له بالمبيع إلا على هذا الوجه ولا يرى للشفـيع فيه حق مستقر يـحد من تصرف المشترى فيه وانتفـاعه به، فحاله بعد التنازل عن الشفعـة هى حاله قبل التنازل عنها، وكذلك الحال فى حق المرور بالنسبة للطريق، وحق الولاية على المال بالنسبة للمال وهكذا.

وغيـر المجرد وهو ماله تعلق بجـعله تعلق استقـرار وذلك بأن يكون لتعلقه أثر أو حكم قـائم فى محله يزول بالتنازل عنه، مثل حق القصـاص فإنه يتعلق برقبة القاتل ودمـه، ومع قيامه وتعلقه يكون غيـر معصوم الدم بالنسبـة لولى القصاص، وبالتنازل عن القصـاص يصير معـصوم الدم، وكذلك حق الاسـترقاق له أثر ظاهر فى الرقيق، فإذا أعـتقه السيد زال هذا الأثر، وحق استـمتاع الزوج بزوجته له فى الزوجـة أثر يسلبها بعض حريتها، فإذا زال بالطلاق ردت إليها حريتها كاملة، وحق انتفاع الموصى له بالعين الموصى بمنفعتها فإن ملك الرقبة عند قيام هذا الحق ملك مقيد بقيود روعى فيها حق الموصى له فلا يتصرف مالكها بالبيع مثلا إلا للموصى لـه وبعد التنازل عنه ترتفع هذه القـيود. والحق بهـذا المعنى لا يكون إلا مصلحـة وقد تكون هذه المصلحة أمرا اعـتباريا لا وجود له إلا افتـراضا بفرض الشارع وحكمـه، كحق الشفعة وحق الحـضانة، وقد يكون أمرا ذا وجود خارجى ظاهر، كحق السكنى وحق المرور، ولـكونه مصلحة أو منفعة لم يكن من المال ولم يجز بيـعه استقـلالا، أما بيعه تبـعا لما يتعلق به من الأمـوال فجائز كحق المرور وحق المسـيل، ذلك ما يذهب إليه الحنفية.

ويلاحظ أن ما كان من الحقوق غير مجرد صح إسقاطه نظير مال عندهم، كحق القصاص وحق الانتفاع الثابت للموصى له فى العين الموصى بمـنفعتها فيجب دفع المال المبذول لصـاحب الحق نظير إسقاطه ولكن لا على معنى المعاوضـة بين الحق والمال المبذول ولكن على معنى بذل المال لحمله على إسقـاط الحق، كما يبذل المال من المدعى عليه للمدعى فداء عن اليمين إذا طلبـها، وقال صاحب الكافى : إن جوار ذلك مبنى على أن ماكية هذه الحقوق تشبه ملكية الأعيان أو ملكية المنافع بالعقد فجار لذلك أن تقوم بالعقد بين صاحب الحق ومن التزم له بالمال، كمـا جار أن تقوم المنفعة بعقد الإجـارة، ولم يجوّز الحنفية إسقاط الحـقوق المجردة نظير مال، كحق المنفعة وحق الأجل فى الدين لعدم استقرارها فى محلها، وذلك بناء على أن بذل المال فى ذلك يعد رشوة وهى حرام.

وذهب بعض المالكية إلى أن الحق إن أطلق على حق أو على منفعة كان من المال وكان محلا للمعاوضة وإن استعمل فيمـا أباحه الشارع للناس من مصالح وكل الانتفاع بها أو التمسك بهـا أو تركها إلى رغبتهم لم يعد من المال، كحق الخيار وحق الحضانة وحق التطليق مما جعل مرجعه إلى إرادة صاحبه ومشيئته سواء أجاز إسقاطـه بالمال كحق الزوج فى الاستمـتاع بزوجته وحق الشـفعة على رأى لهم وحق القصـاص أم لم يجز، ذلك لأن المال إنما وجب فى هذه الحال ولزم لحـمل صاحب الحق على إسقاطه لا عوضـاً عن الحق نفسه إذ ليس له قيمة مالية يستحق عنها عوض مالى، وإن استعمل فيما يوفى بالمال ويئول إليه كان مالا، كحق الدين وصلح حينئذ لأن يكون محلا للتعامل.

منها الدولة لبعضها قبل بعضها الآخر، كحق أية هيئة حكومية قبل هيئة أخرى فى أن تمكنها من أن تقوم بمهمتها فى محيط ولايتها، كما تكون لدولة قبل دولة أخرى مما لا ينظمه القانون الخاص، كحق دولة قبل دولة تجاورها فى عدم الاعتداء على أمنها أو فى عدم مجاوزة حدودها.

والخاصة: هى التى تكون للأفراد لبعضهم قبل بعضهم الآخر، وقد تكون بين الفرد والدولة باعتبارها شخصا معنوياً، فهى تقوم بين الأشخاص باعتبارهم أشخاصا عاديين ويحكمها القانون الخاص.

وتنقسم الحقوق الخاصة ثلاثة أقسام:

حقوق الشخصية، وحقوق الأسرة، والحقوق المالية.

الحقوق الشخصية: تتمثل فى الحريات العامة التى كفلتها الدساتير لجميع الأفراد وطنيين وأجانب على السواء، كحرية التنقل وحرية الاجتماع وحرية الرأى وحرمة المسكن، وهى تلازم الإنسان من ولادته إلى وفاته، وانتقاصها يعد انتقاصا من الشخصية، ويتمتع بها الفرد بإزاء[1] الدولة، كما يتمتع بها بإزاء غيره من الأفراد، ومن ثم تسمى حقوقاً عامة أيضاً، ومن ذلك يرى أنها تنظم علاقة الشخص بغيره من الناس وعلاقته بالدولة كذلك فى دائرتها الخاصة بها. فإذا قرر الدستور أن للمنازل حرمة كان من حق الشخص أن يدفع اعتداء السلطة العامة على مسكنه، وأن يمنع كذلك اعتداء غيره من الناس عليه إذا شاء كل منهما دخوله بغير مبرر قانونى.

وهذا النوع من الحقوق لا يقوم بالمال ولا يقبل التعامل به أو التنازل عنه ولانقله من شخص إلى آخر ولكن الاعتداء عليه يولد التزاما بالتعويض يلتزم به

أما الشافعية والحنابلة فيعدونه مالا إن أريد به عين أو منفعة من منافع الأعيان. أما إذا أريد به غير ذلك فإنه قد يكون مالا، كحق الدين وقد لا يكون مالا، كحق الحضانة.

هذا رأى فقهاء الشريعة فى قسمة الحق. أما رجال القانون فقد رأيت أنهم يقسمون الحق قسمين: حق مالى وحق غير مالى، والحق المالى هو الحق الشخصى، ويعد عندهم مالاً، كما علمت أن الحق المعنوى يصير ماليا إذا صار محلا للتعامل، وقام عليه نظام معاملة مالية بين الأفراد، وأساس ذلك هو العرف كما أشرنا إلى هذا

المعتدى، عوضاً عن الحق المالى الذى ضاع بسبب الاعتداء ووقوع الضرر منه سواء أكان أدبيا أم ماديًا.

أما حقوق الأسرة : فهى الحقوق التى تنظم العلاقات التى تنشأ عن رابطة الزوجية أو القرابة، وهى الروابط بين الزوجين وبين ذوى القربى بعضهم مع بعض. وهذه الروابط ليست ذات قيمة مالية وليست إلا سلطات لبعض أفراد الأسرة على بعضها الآخر، كسلطة الوالد على أولاده، والزوج على زوجه.

ويوجد من الحقوق التى تترتب على رابطة الزوجية أو القرابة ما يعد حقوقاً مالية، كحق النفقة وحق الإرث، ولمخالفة هذا النوع لسائر حقوق الأسرة فى تقومه دونها عُدَّ من الحقوق المالية ولم يعتبر من حقوق الأسرة.

أما الحقوق المالية : فهى الحقوق التى تقوم بالمال[1] فيكون محلها مالا أو مقوما بالمال وتنظم العلاقات المالية بين الشخص وغيره وتتميز عن سائر الحقوق

---

(١) المال فى نظر القانون هو كل ما ينتفع به وأمكن ان يكون محلا لحق من الحقوق الشخصية او العينية أو كل ماله قيمة اقتصادية ومنه تتألف الثروة، وتثبت المالية للأشياء إذا كانت مملوكة أو قابلة لأن تملك فما لا يقبل الملكية كالصحة والشرف والهواء فى الجو والماء فى البحر والشمس والنجوم وغيرها من الأشياء لا يعد مالا وإن كانت ضرورية او نافعة فى الحياة. ومن ذلك يتبين أن الشىء أعم من المال.

اما ما ينتفع به او يكون صالحا لأن ينتفع به ويصلح ان يكون موضوعا للحقوق فإنه يعد من المال وإن لم يكن مملوكا فعلا سواء أكان مادة أم كان معنى من المعانى، فالأسماك فى البحار والفلزات فى معادنها تعد من الأموال وإن لم يكن لها مالك، وذلك لصلاحيتها لأن تكون مملوكة ومنتفعا بها، والابتكارات الفنية والعلمية والصناعية، كحق الملكية الفنية وحق الملكية الصناعية تعد أموالا أيضا لجريان العرف بالانتفاع بها وصلاحيتها لأن تكون ملكا لصاحبها وإن لم تكن مادة ، وعلى ذلك كان المال فى عرف القانون متناولا كل ما هو عنصر من عناصر الثروة، كالعقارات والمنقولات والديون والمنافع والحقوق وغير ذلك من الأشياء التى تصلح ان تكون موضوعا لحق مالى.

ومن رجال القانون من ذهب إلى أن المال ما كان مملوكا وأن الشىء لا يعد مالا إلا إذا دخل فى ملك شخص من الأشخاص وعلى ذلك عرف المال بأنه ما امتلكه الإنسان فعلا وأصبح جزءا من ثروته، "شرح قانون الملكية العقارية لزهدى يكن، ص ٣"، وهذا خلاف مرده إلى الاصطلاح فيمايسمى مالا.

والشىء فى الحقيقة ليس إلا محلا للحق المالى ، وليس هو ذات الحق سواء أكان الشىء ماديا أم غيرمادى، وذلك لما هو معروف من أن الحقوق إما التزامات بين الأفراد إن كانت شخصية وإما سلطات تنصب على الأشياء إن كانت غير شخصية سواء أكانت عينية أم معنوية، وهذا لا يتعارض مع ما سيأتى بيانه من أن الحق المالى مما يطلق عليه اسم الشىء إذ هو شىء بالنظر إلى ذاته وإن كان محله شيئا من الأشياء.

اما المال عند فقهاء الشريعة فهو أخص منه عند رجال القانون ذلك أنه عند الحنفية ما أمكن حيازته وإحرازه والانتفاع به انتفاعا عاديًا جائزًا فى غير حالات الضرورة، ولذا لا يكون المال عندهم إلا عينا =

= من الأعيان - أى مادة لها حيز - ولا تعد المنافع ولا الحقوق عندهم من الأموال، وكان الدين فى نظرهم ليس بمال وإن قالوا إنه مال حكما أى له حكم المال، وكذلك الميتة ليست بمال؛ إذ ليس الانتفاع بها جائزا فى غير حال الضرورة، وقالوا إن حبة الأرز أوحبة البر ليست بمال لأن الانتفاع بها إن حدث ليس عاديا، وعلى ذلك لاتكون الملكية الأدبية التى يقرها الفقه الوضعى من المال، وكذلك ما فى معناها، كالملكية الصناعية، ومن تعريفهم له أيضا قولهم إن المال ما يميل إليه الطبع وأمكن ادخاره لوقت الحاجة ولا يكاد يختلف عن سابقه

ذلك رأى الحنفية فى المال، وخالفهم جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة فلم يشترطوا فى المال أن يكون مادة يمكن حيازتها حيازة حسية بل اكتفوا بأن يكون فى مكنة صاحبه التسلط عليه ومنعه عن غيره ولو بحيازة مصدره. ولذا كانت المنافع عندهم اموالا، لأنها تمنع بحيازة مصادرها ويتحقق الانتفاع بالاستيلاء على تلك المصادر، ولذا فإن المال قد يكون عينا وقد يكون غير عين كالمنافع، وقالوا إن من الحقوق أيضا ما يعد مالا إذا ما جرى التعامل به وأصبح ذا قيمة مالية؛ لأنه لايعدو أن يعد من المنافع. وإذا ما وقفنا عند ذلك كان المال فى الفقه الوضعى أعم وأشمل منه فى الشريعة. فنشاط الإنسان فى عمله وفى حياته الاقتصادية يعد ذا قيمة مالية فى الفقه الوضعى، ومن ثم عُد مالا فيه، ولا يتناوله اسم المال فى الشريعة عند الحنفية.

ومن الفقهاء من صرح بأن المالية ليست إلا صفة للأشياء، بناء على تحول الناس واتخاذهم إياها مالا ومحلا لتعاملهم، وذلك لا يكون إلا إذا دعتهم حاجتهم إلى ذلك فمالت إليه طباعهم وكان فى الإمكان التسلط عليه والاستئثار به ومنعه من الناس، وليس يلزم لذلك أن يكون مادة تدخر لوقت الحاجة بل يكفى أن يكون الحصول عليها ميسوراً عند الحاجة إليه غير متعذر وذلك متحقق فى المنافع وفى كثير من الحقوق فإذا ما تحقق ذلك فيها عُدّت من الأموال بناء على عرف الناس وتعاملهم، وهذا رأى وجيه يتفق مع ما صار إليه التعامل فى هذا العصر، إذ قد انتهى الأمر فيه إلى اعتبار ذلك الورق المسمى «بالبنك نوت» مالا حل محل النقود ذهبية وفضية، فإذا ما انتهينا إلى هذا الرأى بناء على أن العرف فى الشريعة له اعتباره ما دام انه لايعارض نصا ولا يتصادم مع أصل من اصول الدين رأينا أن الخلاف بين الفقهين أن معنى المال يتلاشى أو يكاد.

وفى هذا المقام يحسن أن نوضح الصلة بين المال والشىء والعين والمنفعة والحق؛ نظرا لاستعمال الفقهاء هذه الأسماء، وتعرضهم لها عند بيان معنى المال والكلام عن المالية حتى يتجنب الالتباس بينها وتتضح معانيها، وقد ذكرنا فيما سبق معنى المال والحق فى الفقهين وبينا ما بينهما من خلاف فيهما.

أما الشىء فقد ذكر فى المصباح أنه عبارة عن كل موجود حسا، كالأجسام او حكما، كالأقوال، إذ لا وجود للأقوال إلا عند سماعها. ومن العلماء من ذهب إلى ان الشىء هو كل ما يصح أن يعلم ويخبر عنه، وعلى ذلك يطلق على الموجود وعلى المعدوم وهو بهذا المعنى أعم من سابقه إذ إنه يتناول ما لا وجود له حكما. ومن العلماء من ذهب إلى أنه لا يطلق على الموجود حساً، وعلى أية حال، فإنه يكون أعم من المال فى جميع إطلاقاته.

ويستعمل رجال القانون اسم الشىء فى كل مالا يعد شخصا مما له كيان مستقل مادى يجعله صالحا لأن يكون محلا لحقوق الأشخاص، فأجزاء الجسم وأعضاؤه ما دامت غير منفصلة عنه لا تعد من الأشياء ولكن إذا انفصلت عنه واصبح لها كيان مستقل ذاتى امكن ان تعد من الأشياء، ويقتضى هذا البيان أن الشىء لايكون إلا ماديا، وهذا اصطلاح لم يكتب له الدوام فقد اتسع بعض الشىء حتى صار يطلق اسم الشىء فى كل ماله كيان ذاتى مستقل سوا، أكان ماديا يدرك بالحس أم معنويا لا يدرك إلا بالشعور كأفكار المؤلفين وابتكارات المخترعين وغير ذلك من الحقوق المعنوية، وعلى هذا يكون أعم من العين كما سيتبين مما يأتى «حسن كيرة، ص ١٠١، من المدخل» وهذا الإطلاق أخص فى المعنى من الإطلاق الأول المنقول من المصباح لعدم صلاحيته لإطلاقه على الأشخاص.

الأخرى بأنها تقبل التنازل كما تقبل الانتقال من شخص إلى آخر، فصلحت لأن تكون محلا للتعامل، وأمكن لذلك الحجز عليها إذا لم يمنع من ذلك كله قانون، ومن هذه الحقوق يتكون العنصر الإيجابى للذمة وقد يكون محلها مادة وقد يكون غير مادة.

وهى إما حقوق عينية، وإما حقوق شخصية، وإما حقوق معنوية :

فالحقوق الشخصية : هى الالتزامات التى تقوم بين الأفراد، وهى عبارة عن الحقوق التى تقوم بين شخصين معينين أو أكثر، ومحلها قيام المدين بعمل إيجابى أو سلبى مطلوب منه، مثل إقامة بناء أو نقل بضاعة أو امتناع عن إقامة حائط أو رفعه، ومن هذا النوع قيام المملك بنقل ملكية شىء إلى غيره، كما فى العقود الناقلة للملكية.

= اما اسم العين فإنه لا يطلق إلا على ماله وجود حسى (مستقل) من كل ماله حيز من الفراغ، كالأجسام، وعلى ذلك فهو اعم من المال واخص من الشىء إذا راعينا المعنى الأخير إذ يطلق على الأشخاص ولا يطلق عليها اسم الشىء، وكذلك إذا راعينا المعنى الأول المنقول من المصباح إذ إن الشىء يطلق على الموجود حكما كالأقوال ولا يطلق عليها اسم عين، أما إذا راعينا المعنى الثانى فإن الصلة بينهما تكون العموم والخصوص المطلق إذ يطلق الشىء على ما ليس عيناً كأفكار المؤلفين واختراعات المخترعين فى حين أن كل عين شىء. وللمالكية استعمال فى العين فيريدون بالعين الذهب والفضة وهو معنى لغوى لهذه الكلمة.

واما المنفعة فهى اسم من النفع ضد الضرر، والنفع هو الخير من كل ما يتوصل به الإنسان إلى مطلوبه، ولا يستعمل الفقهاء هذا الاسم فى الفقهين إلا فيمايطلب من الأعيان أو الأعمال فى سد الحاجات وكسب الطيبات من الرغبات والملذات. ومن ثم كانت المنفعة صفة من الصفات التى ليس لها قيام فى ذاتها ولكنها تقوم بغيرها مما يستعان به فى الوصول إلى الخير عينا كان أم عملا من الأعمال. وقد جاء فى هذا المعنى قوله تعالى : **﴿قل لن تنفعكم أرحامكم ولا أولادكم﴾** وجاء فى بعض الآثار : لن ينفعك إلا عملك، ويلاحظ ان النفع او المنفعة عندما يكون من عمل من الاعمال فإنه يكون قد صدر من صاحب العمل وهو عين من الاعيان؛ ولذا كان من الممكن أن تقصر المنافع على الأعيان واعتبارها صفة لا تقوم إلا بها ولا تعد إلا من عوارضها وذلك مثل السكنى يطلب من الدور والركوب يطلب من الدواب والسيارات واللبس يطلب من الثياب والقراءة تطلب من الكتب وهكذا.

والمنافع لا تعد من الأموال عند الحنفية بناء على ما بينا من قبل ولا يكون لها قيمة إلا فى عقود الإجارة وما فى معناها، اما عند غير الحنفية فقد ذكرنا أنها تعد من الأموال، وقد بينا فيما تقدم أن كل ما جعل محلا للتعامل والمعاوضة عد من المال وما لم يجعل محلا لذلك لا يعد منه فظل الأشجار والجدر والاستظلال بها لم يتخذه الناس محلا للتعامل فلم يكن معدودا من المال ولم يكن له قيمة مالية وعلى هذا كان من المنافع ما يعد مالا كالسكنى والركوب والخدمة وإصلاح الآلات وكان منها ما لا يعد مالا كالانتفاع بضوء الشمس ودفئها وبهواء الجو والاستئناس بجوار الجار ونحو ذلك، هذا ولم تخرج المنافع عن أن تعد من الأشياء، لما لها من وجود ظاهر الأثر ولكنها لا تعد من الأعيان كما بينا.

والحق الشخصى : بحسب طبيعته سلطة أو ولاية تثبت لشخص على شخص آخر ويسمى صاحبها بالدائن، ويسمى الشخص الآخر بالمدين، وهذه السلطة تجعل للدائن حق مطالبة المدين بإعطاء شىء أو بعمل شىء أو بالامتناع عن شىء، ومن ثم لم يكن لصاحب الحق الشخصى أن يباشره ويستوفيه إلا بواسطة المدين، ولذا كان له ثلاثة عناصر : صاحب الحق ومحل الحق ومن عليه الحق.

أما الحقوق المعنوية : فهى التى تردُ وتنصب على أشياء معنوية لا تدرك بحاسة من الحواس وإنما تدرك بالعقل والفكر؛ كالأفكار والاختراعات، ولذا كان الحق المعنوى سلطة على شىء غير مادى هو ثمرة فكر صاحب الحق أو خياله أو نشاطه: كحق المؤلف فيما ابتدعه من أفكار علمية وحق الفنان فى مبتكراته الفنية، وحق المخترع فى مخترعاته الصناعية وهكذا.

وهذا الحق يعد فرعا خاص من الملكية، إذ إنه كما تقدم عبارة عن سلطة تنصب على شىء ويخول صاحبه حق الاستغلال والتصرف، وإن كان بحكم طبيعته لا يقبل الاستئثار ولا يصح أن يكون مؤبدا ويرى أن محله غير مادى.

أما الحقوق العينية : فهى تلك الحقوق التى تنصب على شىء معين بالذات والشخص. والأصل فيها أن صاحبها يستطيع أن يباشرها بدون وساطة أحد. ولذا لا يُرى لها إلا عنصران؛ صاحب الحق ومحل الحق، وبهذا تتميز الحقوق العينية من الحقوق الشخصية كل التميز . فمحل الحق العينى هو الشىء الذى يكون لصاحب الحق أن يستعمله أو يستغله أو يتصرف فيه. أما محل الحق الشخصى فهو كما سبق بيانه عمل يقوم به الملتزم أو الطرف الآخر فى العلاقة القانونية، وليس لتنوع الأعمال نهاية، وإن أمكن قسمتها قسمين؛ أعمال إيجابية، كإقامة بناء وأعمال سلبية، كالامتناع عن تعلية جدار ونحو ذلك.

أما الحقوق العينية فهى حقوق محصورة بمقتضى القانون وفى الزيادة ما نص عليه منها فى القانون خلاف بين رجال القانون، فمنهم من يرى وجوب الوقوف عندما جاء به القانون، ومنهم من يرى جواز إحداث حقوق جديدة لم ترد فى القانون.

وأهم الحقوق العينية : هو حق الملكية الذى سندرسه فى هذا الكتابُ.

ومما سبق يتبين أن الفرق بين هذين النوعين من الحقوق يظهر في ناحيتين :

أولاهما : أن الحق العيني بجميع أنواعه سلطة يختلف مداها ومقتضاها باختلاف طبيعة الحق، وتنصب مباشرة على عين معينة بالذات دون حاجة إلى توسط شخص آخر، في حين أن الحق الشخصي ليس إلا رابطة أو التزاما قائما بين طرفين.

ثانيتهما : أن محل الحق العيني مال معين مادي، ومحل الحق الشخصي فعل خارجي أو فعل نفسي، أي امتناع عن عمل، يمكن تقويم كل منهما بالمال، ومن هنا كان الأصل في الحق العيني الأصلي أن يكون دائما غير مؤقت بمدة؛ لأنه متعلق بعين معينة لاصق بها باق ببقائها. أما الحق الشخصي فعلى خلاف ذلك إذ إن وضعه وتعلقه بمحله يقتضي أن يكون مؤقتا؛ لأنه متعلق بالأشخاص وأفعالهم، ووجودهم مؤقت.

هذه كلمة مجملة في بيان الحق وأنواعه لدى فقهاء القانون، وإنه ليرى أن قسمته هذه القسمة لم تخرج عن أن تكون قسمة مستمدة من طبيعته ووضعه، وكانت لذلك قسمة بيانية تكشف عن حقيقة الحق وأوصافه وخصائصه، وكانت لذلك بمنأى عن الخلاف فيها، وليس يسع أي باحث أو فقيه إلا التسليم بها وبأن الحق في واقعه وحقيقته يتنوع هذه الأنواع سواء أجعل هذا التقسيم محلا للبحث والبيان والتدوين أم لا، ومن ثم فإن الفقه الإسلامي لا يتنكر لهذه القسمة وإن لم يولها عناية أوجبت الإشارة إليها فيه.

وإذا كان الفقه الإسلامي لم يشر إلى هذه الأنواع، ولم يعرض لهذه القسمة فإنه مع ذلك قد عرف هذه الأنواع بأسماء أخرى، ولم يغفل بيان أحكامها غير مجموعة تحت عنوان واحد في مواضع متفرقة حيث عرض لبيان أسبابها، وكان له في الحق قسمة أخرى نظر فيها، أي ما للحق من ارتباط بما يعني به من حيث إنه شريعة وضعت لتنظيم الصلات بين العبد وربه، وبين العبد وأمثاله من الناس، فقسم الحق إلى حق لله وحق للعبد وحق مشترك بينهما وغير ذلك من القسمات الخاصة به الكاشفة عن جوانب أخرى من جوانب الحق لم يعن الفقه الوضعي بها؛ لعدم حاجته إليها.

خصائص الحق العينى :

للحق العينى خاصتان يتمتع بهما صاحبه دون صاحب الحق الشخصى. ومردهما إلى ما بين الحقين من اختلاف فى مضمون كل منهما.

أولاهما. حق التتبع : وذلك ما يستلزمه مضمونه فإنه إذ كان سلطة لصاحبه تنصب مباشرة على شيء معين بالذات غير متوقفة على وساطة شخص آخر ولامتقيدة بإرادته فإن هذه السلطة تثبت عليه لصاحبه فى أى يد كان ذلك الشيء وتتبعه أين كان وتقوم عليه ضد كل من يحوزه.

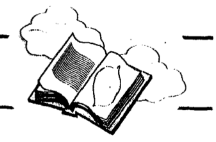
وهذا ما لا وجود له فى الحق الشخصى إذ إن مضمونه مطالبة مدين بعمل ولا ينصب على شيء مملوك للمدين ولا يتعلق إلا بذمته وهى لازمة له. ومن ثم لا يستطيع صاحبه أن يتبع بناء على مقتضاه ما يتصرف فيه المدين من أمواله فيخرجه من يده إلى يد أخرى.

ثانيتهما- حق الأولوية : ذلك أن طبيعته باعتباره سلطة تنصب مباشرة على شيء معين بالذات أن يكون صاحبه فى مأمن من مزاحمة الدائنين أصحاب الحقوق الشخصية فى حدود مضمون حقه. وذلك حين يطلبون وفاء حقوقهم من ذلك الشيء أومن ثمنه ، وهذا لأن حقه لازم للشيء المنصب عليه لاصق به، فلا ينزع منه ومن ثم يتقدم صاحب الحق العينى بحقه عليهم، فالمرتهن يتقدم على غيره من الدائنين فى الوفاء، لأنه صاحب حق عينى على العين المرهونة التى يراد منها الوفاء.

هذا وليس لصاحب الحق الشخصى أفضلية على غيره من أصحاب الحقوق الشخصية فى الوفاء فهم جميعا سواء مهما اختلفت أوقات نشوء حقهم.

والفقه الإسلامى يعرف هاتين الخاصتين لبعض الحقوق، فلمالك العين فيه أن يتتبعها حيث توجد وفى يد أى حائز لها؛ وذلك لتعلق حقه بها وهو ملكه لها فيدعيها ويخاصم كل من له يد عليها ويطلب تسليمها إليه. أما الدائن فليس يتعلق دينه إلا بذمة مدينه، ومن ثم لم يكن له أن يتبع عينا لمدينه أخرجها من يده إلى يد شخص آخر بعقد تمليك إذ ليس لحقه تعلق بها، وكذلك للمرتهن فى الفقه

الإسلامى حق الأولوية بالنسبة للدائنين الآخرين على الوضع الذى شرحناه آنفا بالنسبة إلى الفقه الوضعى؛ وذلك لتعلق حقه بالعين المرهونة. ولسنا الآن بصدد دراسة الحق وأنواعه وبيان أحكامه حتى نتصدى لبيان هاتين الخاصتين فى الفقه الإسلامى، ولمن تثبت من أصحاب الحقوق، وإنما أردنا فقط أن ننبه إلى وجود اتفاق بين الفقهين فى الجملة من حيث ثبوت هاتين الخاصتين لبعض الحقوق دون بعضها الآخر فى الفقه الإسلامى وإن لم يسم ما تثبت له حقا عينيا وما لم تثبت له حقًّا شخصياً.



﴿١﴾ حق الملكية [1] ـ الملك

علمنا فيما سبق أن من الأشياء ما تثبت له صفة المالية فيعد مالا، ومنها مالا تثبت له هذه الصفة، وعرفنا أن هذه الصفة إنماتثبت للشيء بتمول الناس له واتخاذهم إياه مالا يتعاملون به، وليس يتحقق ذلك إلا إذا تحققت فيه حيازة واختصاص، لأن ذلك ما يقوم عليه التعامل والتمول، فما حيز منه كان مملوكا، وما لم يحز منه كان مالا مباحًا غير مملوك؛ لأن أساس المِلك الاختصاص والمنع والتعامل. والمباح لا يتصور فيه التعامل بين الناس؛ لأنه للجميع فلا يمنع ولايعطى، وهذه الحيازة أو هذا الاختصاص هو ما انتهى الأمر فيه إلى أن عبر عنه بالملك أو بالملكية فى لسان الفقهاء من الباحثين فى الفقه الإسلامى والفقه الوضعى، فكانت الملكية أو الملك اسما لهذه الحيازة أو لهذا الاختصاص فى التعبير العام، وكان من آثار ذلك اتجاه الفقهاء والقانونيين إلى التعريف بالملك والملكية وتحديد دلالته ليكون ظاهر المعنى بين الحدود لا يلتبس بغيره بما له به شبه.

وفى بيان ذلك اختلف نظر فقهاء الشريعة، فمنهم من نظر إلى واقع هذا المعنى ومنشئه، ومنهم من نظر إليه وصفا أو حكماً أقره الشارع، ورتب عليه آثاراً ونتائج تلزمه ولا تتخلف عنه، وجعل له مع ذلك صفة الإلزام فكان على الناس أن يسلموا به وألا يقفوا منه موقف المعارضة، وذلك ما استوجب له الإقرار من الشارع أو الوجود فى نظر الشارع فضلا عن وجوده الواقعى.

فمن نظر إليه من الفقهاء النظرة الأولى عرفه، بأنه الاختصاص الحاجز، ومن هؤلاء القدسى فى كتابه الحاوى: إذ عرف الملك، بأنه الاختصاص الحاجز، ومعنى

---

(١) الملكية مصدر صناعى منسوب إلى الملك بكسر فسكون، وقد ورد الملك مثلث الميم ولكن شاع استعماله مكسور الميم ومفتوحها فى ملك الأشياء، وشاع استعماله بضم الميم فى الولاية العامة، أى «السلطة العامة للسلطان» فقيل فى هذا الاستعمال ملكت على الناس أمرهم ملكا بالضم، واستعمال اسم الملكية فى لسان رجال القانون أريد به الدلالة على معنى خاص ينبئ عن الصلة بين الإنسان والمال، ويطلقون عليها اسم حق الملكية، بينا أن هذا الاسم لا يكاد يستعمل فى الفقه الإسلامى إذ يستعملون كثيرا اسم الملك.

ذلك أن ملك الشيء هو الاختصاص به اختصاصا يمنع غير مالكه من الانتفاع به أو التصرف فيه إلا عن طريق مالكه بتوكيل منه مثلا، أو عن طريق الشارع بإقامته نائبا عنه، فكان لمالكه القدرة التي يمنع بها غيره من التصرف فيه والانتفاع به إلا عن طريقه.

وتعريف الملك بذلك يجعله متناولا لملك الأعيان، وملك المنافع، سواء أعدت من المال أم لا. وللملك الحقوق على اختلاف أنواعها، سواء أكانت حقوقا مالية أم كانت غير مالية متى تحقق فيها اختصاصها بشخص اختصاصا يخول له القدرة على أن يحجز غيره ويمنعه من أن يكون له بها انتفاع، أو يكون له فيها تصرف نافذ. فجميع ما يختص به الإنسان من حقوق على هذا الوضع من الاختصاص يعد مملوكا له، ويعد هو مالكا لها وإن لم يعد من المال، وعلى ذلك يعد حق الشفعة مملوكا أو ملكا للشفيع، وحق المستأجر فى عمل الأجير ملكا للمستأجر، وحق الدين ملكا للدائن، وحق الاستمتاع بالزوجة ملكا للزوج، وحق السكنى فى الدور الموقوفة على طلبة العلم ملكا لطالب العلم. بل إنه على هذا التعريف يتناول ما ثبت للإنسان من حقه بطريق الإباحة إذا ما ثبت له على وجه الاختصاص به، كحق السكنى فى حجرة صغيرة خاصة من رباط أبيحت لمرابط معين مدة من الزمن، وذلك ما يعد نقصا فى التعريف بالملك، إذ قد اتفقت كلمة الفقهاء على أن الإباحة خلاف الملك ولا يسمى المباح له مالكا، ولايعد الاختصاص بالمنفعة ملكا إلا إذا ثبت بسبب من الأسباب التى تفيد الملك.

وفى رأيى أنه إذا نظرنا إلى ما تدل عليه كلمة اختصاص من معنى التسلط والاستبداد الذى يقضى ألا يكون لأحد غير صاحبه تدخل فيه بالإنهاء، والذى يجعل متعلقها صفة لازمة لصاحبه، وإلى أن حق المباح له رهن ثبوته بإرادة المبيح وله إنهاؤه إذا أراد - إذا نظرنا هذا النظر - سلم التعريف من هذه الناحية، ولكن فساده يرى فى ناحية أخرى، إذ لا يتناول الملك غير اللازم، كالملك الثابت بالإعارة فإنه ملك لايتحقق فيه الاختصاص الحاجز إذ لا يستطيع المستعيرمنع المعيرمن أن يتدخل بانتفاع أو بإنهاء، وعلى ذلك لا يعد المستعير مالكا للمنفعة الثابتة له بعقد العارية، فى حين أن كثيرا من الفقهاء يعد المستعير مالكا، ويعد عقد العارية سببا لتملك المنفعة، وليس ببعيد أن من ذهب من الفقهاء كالكرخى من الحنفية وغيره

من الشافعية والحنابلة إلى أن عقد العارية لا يفيد ملكا وإنما يفيد إباحة قد لاحظ هذا المعنى. ذلك ما قد يؤخذ على تعريف القدسى فى حاويه.

ومن نظر إليه النظرة الثانية :

منهم من عرفه بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى مقدر فى العين أو فى المنفعة يقتضى تمكين من يضاف إليه من الانتفاع بالمملوك ومن المعاوضة عنه[١].

ومنهم من عرفه بأنه تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنائبه من الانتفاع بالعين أو بالمنفعة ومن أخذ العوض عنهما[٢]. ومنهم من عرفه بأنه اتصال شرعى بين الإنسان والشىء يطلق تصرفه فيه ويمنع من تصرف غيره فيه[٣].

وكذلك عرفه الكمال بن الهمام : بأنه القدرة الشرعية على التصرف ابتداء إلا لمانع[٤] - وعرفه غير هؤلاء بما لا يختلف عن ذلك.

وفى جميع هذه التعريفات يوصف الملك بأنه حكم شرعى أو وصف شرعى أو قدرة شرعية. وأساس ذلك ما يراه الفقهاء من أن الحقوق كلها ومنها حق الملكية أو الملك حقوق شرعية أثبتها الشارع لأربابها، وليس يترتب عليها من الآثار والأحكام إلا ما رتبه الشارع عليها.

وليس الأمر فى الملك بناء على هذه النظرة الثانية إلا أنه حكم شرعى لايكون له وجود إلا حيث يقر الشارع وجوده، ولا يترتب عليه من الآثار حينئذ إلا ما رتبه الشارع عليه، وليس صفة ناشئة عن طبيعة الأشياء وذواتها، ولا عن اصطلاح للناس فيه، ولا نتيجة لتعارفهم عليه.

وفى وصف الملك بهذه الصفات المتقدمة، «صفة شرعية ـ حكم شرعى ـ قدرة شرعية» ما يجعله صالحا ومهيئا لأن يقيد بماتقضى به الأحكام والدلائل الشرعية من القيود، فيقيد بما يقتضيه الاستحسان والقياس والعرف والمصلحة؛ لأنه إذا كان منحة أو حقا مصدره الشارع كان إليه تحديده وتوجيهه الوجهة التى قصد

(١) الفروق للقرافى : الفرق / ١٨٠ جـ ٣، ص ٢٠٨.

(٢) تهذيب الفروق : الفرق / ١٨٠ جـ ٣ ، ص ٢٣٢.

(٣) تعريف صدر الشريعة فى شرح الوقاية.

(٤) فتح القدير فى أول كتاب البيع.

إليهـا الشارع من شـرعه، وقد شـرعه مـصلحة للناس، ومـصدرا لمعيـشة راضـية يتمـتعون بـخيراتهـا وينعمون بثـمراتهـا، وذلك ما يؤيد ما انتـهى إليه أخـيرا رأى الباحثين الاجتمـاعيين والاقتصاديين فى هذا العصر من أنه وظيفة اجـتماعية يقوم بها أحـد أفراد المجـتمع، لاحق ذاتى لصـاحبه له فـيه التـصرف المطلق والانتـفاع المطلق، وذلك ما نعرض لبيانه فيما يأتى :

هذا، وقد جاء فى التـعريفين الثانى والثالث النص على العـين والمنفعة دون ذكر الحقوق، وبـذلك لم يتناولا جميع الحقوق، إذ من الحقـوق ما يعد من المنافع فيتناوله التعريفان، ومنها ما لا يعد من منافع الأعيان، كحق الحضانة، وحق الضم وحق الولاية، وهذا ما لا يتناوله التعريفان؛ لأن المنفعـة التى جاء ذكرها فيهما هى ما يطلب من الأعيان. وهذا النوع من الحقوق لايعد من منافع الأعيان، كما لايعد منفـعة لصاحـبه، بل هو إلـى الواجب عليه والتكليف له أقـرب منه إلى المنفـعة، وعليـه لايـكون هذا النوع من الحـقـوق، ممـا يقـبل الملك بالمعنـى الذى جـاء فى التعريفـين المذكورين، فى حين أن الملك قد عـرف بما يتناول الحقوق جميـعها دون تفرقة بين حق وآخـر، كما فى التعريف الأول المنقـول عن الحاوى، للقدسى، إذ يتناول كل حق اختص به صاحبه اختصاصًا حاجزًا.

كـذلك يلاحظ أنه قـد نص فى التـعـريفين المـذكورين آنفـاً على الانتـفـاع والمعاوضة فقط، ونص فى التعريف الرابع عـلى التصرف فقط ولم ينص فيه على الانتفاع فـقيل فيه : إنه القدرة الشـرعية على التصـرف ابتداء إلا لمانع، أى القدرة على التصرف التى تثبت للإنسان ثبوتا مبتـدأ أصليا غير مستـمدة من أحد إلا لمانع يمنع من ثبوتها، كالجنون.

والملك فيما يرى يخول صاحبه أن ينتفع دائما ولو ببدل المنفعة.

وأن يتـصـرف إلا لمانع. والانتـفاع بمعـناه العـام يشمل جـمـيع أنواعـه من الاستعمال والاستغلال، ويشمل كذلك التصرف؛ لأنه لا يعدو أن يكون ضربا من الانتفاع، فهل يلزم لثبوت الملك وتحققه اجتماع هذه الأمور كلها، ولا يكفى لثبوته تحقق أحدها ، كأن يثبت الانتفاع فـقط ، كما يرى فى بعض الحقوق مثل حق تمتع الزوج بزوجته وحق الشـفعة وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز التـصرف فيه وحق التملك ونحو ذلك؟ إن الذى يبدو من استعمال الفقهاء اسم الملك أنه يكفى

فى ثبوته وإطلاقه تحقيق أحدها، ولا يجب لذلك اجتماعها، على أن ثبوت التصرف يستلزم بطريق الاستقراء ثبوت الانتفاع، فكل ما يجوز فيه التصرف محل للانتفاع، ولذا يكفى فى تعريف الملك أن ينص عليه وحده، كما فعل الكمال بن الهمام. أما ثبوت الانتفاع فلا يلزم من ثبوته ثبوت التصرف، كما يرى فى كثير من الحقوق التى ينتفع بها، كحق الحضانة، وحق الشفعة وحق الارتفاق ونحوها من الحقوق التى يختص بها صاحبها اختصاصًا يخوله منع غيره، وهى لهذا الاختصاص تعد مملوكة له بناء على التعريف الأول المنقول عن القدسى.

من هذا يبدو ما فى هذه التعريفات من اختلاف. فتعريف القدسى يجعل كل اختصاص مانع ملكا سواء أكان معه قدرة على التصرف أم لا. وهو بهذا يعم الأعيان والمنافع والحقوق إذا ما ثبت فيها هذا الاختصاص، وتعريف الكمال يخرج منه جميع الحقوق التى لا يرى لصاحبها قدرة على التصرف فيها ويقصره على مايجوز فيه التصرف، فى حين أن من الحقوق ما يختص بصاحبه وليس لصاحبه أن يتصرف فيه، ويعبر الفقهاء فى جانبه بأنه مملوك له، مراعاة لذلك الاختصاص، ولما فيه من القدرة على الانتفاع، وذلك كحق الشفعة وحق الخيار.

وتعريف الملك بالتعريفين الثانى والثالث يقتضى أنه لابد فى ثبوت الملك من ثبوت الانتفاع والتمكن من المعاوضة أى التصرف، وعلى هذا لا يتناول بعض الحقوق، مثل حق استمتاع الزوج وحق الارتفاق عند من يرى عدم جواز المعاوضة عنه.

وعليه يكون تعريف القدسى أعم وأشمل وأقرب إلى أن يكون متسقا مع استعمال الفقهاء لاسم الملك ومع مختلف الأحكام الفقهية.

ومن تعريفات الفقهاء استمد «قدرى باشا» تعريف الملك فى المادة (١١) من كتابه «مرشد الحيران» ونصها :

«الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفا مطلقا فيما يملكه عينا ومنفعة واستغلالا، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها، ويتصرف فى عينها بجميع التصرفات الجائزة».

ملك المنفعة :

اقتصر «قدرى باشا» فى المادة (١١) على بيان الملكية التى تتعلق بالعين ومنفعتها، وعبر عنها بالملك التام، وذكر أنه يخول صاحبه الانتفاع والاستغلال والتصرف الجائز، ومؤدى ذلك أن لصاحبه هذه المكنات ما دام لم يمنع منها مانع.

ثم ذكر فى المادة (١٤) أن منافع الأعيان وحدها صالحة لأن تملك إذ جاء نصها كالآتى :

يصح أن تملك منافع الأعيان دون رقبتها سواء أكانت عقاراً أم منقولا، ومؤدى ذلك أن هذا الملك ليس بالملك التام الذى بينه فى المادة (١١) بل هو نوع آخر من الملك سماه بعض الكاتبين بالملك الناقص، ولم يبين قدرى باشا ما يخوله هذا النوع من الملك لصاحبه، أيخول له الانتفاع والاستغلال والتصرف جميعًا أم يخول له بعض ذلك ؟.

والمعروف أن من ملك منفعة عين بالوصية أو بالوقف قد يكون ملكه إياها شاملا للاستعمال والاستغلال، كما إذا أوصى لإنسان بمنافع دار ينتفع بها كما يشاء وعلى أى وجه أراد سكنا وإسكانا، أووقفت عليه دار، لينتفع بها على هذا الوجه، فإن ملك المنفعة فى هذه الحال يخول صاحبه أن ينتفع بها استعمالا واستغلالا، فله أن يسكن الدار بنفسه، وأن ينتفع بها بواسطة غيره فيؤجرها أو يعيرها، غير أن الإعارة والإجارة فى حال الوقف إنما تكون من الناظر عليه، لأن الولاية له لا للمستحق إلا إذا كان له النظر أيضا. وإجارتها وإعارتها فى هذه الحال، إنما تكون بناء على رضى المستحق؛ لأنه صاحب الحق فى الانتفاع، فإليه تعيين ما يريد من المنافع استعمالا أو استغلالا.

وقد يكون ملكه إياها مقصوراً على الانتفاع بنفسه فقط، وذلك ما يعبرعنه بالاستعمال. كما فى بيوت السكنى الموقوفة على طلبة العلم، وكما فى الدار يوصى بسكناها لشخص دون استغلالها، وفى هذه الحال لا يكون لمالك المنفعة إلا أن ينتفع بنفسه فقط وليس له التصرف فى المنفعة فلا يكون له أن يستغل بطريق الإجارة، وذلك ما ذهب إليه الحنفية خلافا للحنابلة والشافعية.

وقد يكون ملكه إياها مقصوراً على الاستغلال فقط، وفى هذه الحال لا يكون له إلا الانتفاع بطريق الاستغلال عند كثير من الحنفية، فليس له أن ينتفع بنفسه؛ لأن السكنى أو الاستعمال غير الاستغلال ولم يملك إلا الاستغلال فله الاستغلال فقط وذلك؛ بإجارتها. ولذا يجوز له أن يستأجرها ولو كان له حق السكنى ماجاز له ذلك؛لأن الإنسان لا يتملك ما هو ملك له من قبل. وذهب آخرون إلى أن له أن ينتفع بنفسه أيضا، لأن من ملك أن يملك غيره وجب أن يكون مالكا، وذلك يستلزم أن ينتفع بنفسه، وذهب أحمد إلى أن من ملك أحد الأمرين حق الاستعمال أو الاستغلال ملك الآخر منهما.

وإذا ملك المنفعة ملكا مطلقا دون أن يقترن ببيان كان الحكم هو الحكم عند النص على الاستغلال فقط.

ويظهر مما ذكر أن حق التصرف فى حال ملك المنفعة يتمثل فى تمليك المنفعة غير مالكها، وذلك لا يكون إلا بالإجارة أو الإعارة، ولا يكون بالبيع ولا بالهبة، لأن المنفعة لا تصلح محلا لهما، ولا بالوصية، لأن ملك المنفعة ينتهى بوفاة مالكها فلا تصلح محلا للوصية إلا على رأى من يذهب إلى أنها لا تنتهى بوفاة مالكها، ذلك خلاف رأى الحنفية ومن تابعهم.

ومما سبق تبين الحكم فى ملك المنفعة بالوصية والوقف، أما إذا ملكت بالإعارة أو بالإجارة، فإن لتمليكها للغير شروطاً روعى فيها المحافظة على حقوق مالك العين وعدم الإضرار به وليس المقام مقام ذكرها[1].

---

1) إذا كانت منفعة العين المستأجرة مما تختلف باختلاف المستعمل لها، كركوب الدابة ولبس الثياب،وقد نص فى هذه الإجارة على المنتفع، كأن يستأجر الدابة على أن يركبها فلان تقيد المستأجر به فليس له أن يمكن غيره من ركوبها بإجارة أو إعارة، فإذا خالف كانت يده عليها يد ضمان وعد غاصبا، ولذا لا يجب عليه أجر بهذا الانتفاع، وإن هلكت الدابة؛ لأنه عند هلاكها لا يجتمع أجر وضمان عند الحنفية، وأما إن سلمت الدابة فلأنه يكون حينئذ انتفاعاً بمنافع مغصوب وهى غير مضمونة عند الحنفية.

وإن نص فى العقد على التعميم أو كان مطلقا تعين من له حق الانتفاع أول منتفع بها وكأنه قد شرط فى العقد الا ينتفع بها غيره.

وإذا كانت لا تختلف باختلاف المستعمل كركوب السيارة لم يتقيد المستأجر بمنتفع خاص سواء شرط ذلك فى العقد أم لم يشرط، وإذا شرط كان الشرط باطلا، غير أنه إذا أجر العين لم يؤجرها بأكثر مما ملك إلا فى حالتين :

(أ) ان تكون الأجرة من جنس آخر غير جنس الأجرة الواجبة. =

ويلاحظ أن القانون المدنى العراقى فى مادته (١٠٤٨) قد تابع قدرى باشا فى مرشد الحيران فكان نص هذه المادة كنص المادة (١١) من مرشد الحيران.

ذلك ما ذهب إليه فقهاء الشريعة فى بيان معنى الملك أو الملكية.

حق الملكية فى القانون :

أما فقهاء القانون فقَلَّ أن يستعملوا اسم ملك، وإنما يعبرون عن الملك بحق الملكية، وهو تعبير قل أن نجده أو لا نجده فى كتب السلف من الفقهاء الذين يرون الملك أو الملكية تتعلق بالأعيان وبالمنافع وبالحقوق، فجميعها كما بينا تصلح أن تكون محلا للملك فى نظرهم، بينما نرى أن فقهاء القانون يرون أن حق الملكية حق عينى، كما قدمنا، لا يتعلق إلا بالأعيان المالية المعينة، ولا تصلح المنافع ولاالحقوق محلا له، كما يرون أن لحق الملكية ثلاثة عناصر : حق الاستعمال وحق الاستغلال وحق التصرف، وهى العناصر التى نص عليها فى المادة (٨٠٢) مدنى مصرى إذ جاء فيها : أن لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه، وهو نص المادة (٧٦٨) مدنى سورى والمادة (٨١١) مدنى ليبى. وقد اختلفت عبارة القانون المدنى اللبنانى فعرفت فيه الملكية بأنها الحق فى الاستعمال والتمتع والتصرف فى حدود القوانين والقرارات والأنظمة مادة (١١) من قانون الملكية العقارية.

ويراد بحق الاستعمال فى القانون المدنى المصرى وما تابعه فى التعبير انتفاع المالك بنفسه ، وبحق الاستغلال انتفاعه بأخذ غلة من العين المملوكة، وذلك يكون بالانتفاع بواسطة الإجارة أو بواسطة الزراعة؛ إما بطريق المزارعة، وإما بزراعة المالك بنفسه وزراعة المالك بنفسه الأقرب فيها أن تعد استغلالا بالنظر إلى

(ب) ان يكون المستاجر قد أصلح فى العين أو زاد فيها زيادة لها انتفاع.

وما يملكه المستعير بالعارية إذا كانت مطلقة هو المنفعة التى يريدها غير متجاوز العرف، وإن كانت مقيدة تقيد بماقيد به من المنافع وليس له ان يؤجر العارية، أما إعارته إياها فإن المنفعة إذاكانت لا تختلف باستعمال المستعمل جاز له إعارتها لغيره لمثل ما ملك سواء عين المنتفع أم لم يعين، وإذا قيد بمنتفع كان الشرط باطلا، وعند اختلافها لا يجوز إعارتها لغير من عين للانتفاع فإن لم يعين تقيدت إعارتها بأول منتفع، وقيل لا تقييد بأحد فى هذه الحال. هذا ما ذهب إليه الحنفية، وفى المزارعة يملك صاحب الأرض عمل المزارع فى ارضه، كما يملك صاحب الشجر عمل الساقى فيه ورب المال عمل المضارب. أما الإقطاع فلا يكون إلا من الإمام ، وإقطاعه الأرض يقيد بمنفعتها دون رقبتها على ما ذهب إليه كثير من الفقهاء.

حـصوله على غلة من الأرض، وقـد تعد انتـفاعـا بالنظر إلى عـمل المالك بنفسـه وانتفاعه بذلك العمل.

أما القانون اللبنانى فقد عبر عن ذلك بالحق فى الاستعمال والتمتع، والتعبير بالتمتـع بجانب الاستعمـال يستوجب أن يكونا مخـتلفين، ويراد بحق الاستـعمال الانتفاع بالعين بالزراعة أو بالبناء أو بالسكنى أو باللبس، وبالتمتع حق الاستغلال.

وبمقارنة ما ذهب إليه فقهاء القـانون بما ذهب إليه فقهاء الشريعة يرى أن حق الملكية عند فقهاء القـانون هو ملك العين ومنفعتها جميـعا، وهو ما عبر عنه بعض الكاتبـين بالملك التام، أمـا ما عـداه من أنواع الملك فى الشـريعة فـلا يتناوله حق الملكية فى نظر رجال القانون.

ونرى أن نشير هنا إلى أن التشريع السـورى قد شرع بجوار حق الملكية على العقار حقا شبيها به له أكثر خصائصه سمّاه بحق التصرف، وخص الأول وهو حق الملكية بالعقـار المملوك للأفراد، وخص الثانى بالعقارات الأمـيرية المملوكة للدولة التى تركت فى يد الأفراد لاستعـمالها والتمتع بها والتصرف فيـها فى حدود ما قرر لذلك من الشروط، ويكاد يكون ألفارق بين الحقـين منحصراً فى أن صاحب حق الملكية يجوز له وقف ما يملكه من العقار وقفاً خيرياً فقط، وصاحب حق التصرف ليس له أن يقف مطلقـا، وأن حق الملكية لا يسقط بعـدم الاستعمـال فى حين أن حق التـصرف يسـقط بعدم حـراثة الأرض أو بعـدم استـعمـالها خـمس سنوات، (م٧٧٥ مدنى سورى، وأن حق الملكية يخضع لقواعد الميراث الشرعية فى حين أن حق التصرف لا يخـضع إلا لما وضع له من القواعد لإرثه، ويرى من ذلك أن حق التصرف لم يخرج عن أن يكون حق ملكية مقيدة بقيود خاصة.

حق الانتفاع فى الفقه والقانون :

ذكرنا فـيما مضى أن الملك فى الشـريعة قد يقتـصر على منفعة العـين فقط، وعند ذلك قد يكون لصاحبه حق الانتفاع فقط دون حق التصرف، كما فى البيوت الموقوفـة لسكنى طلبة العلم، وذلك ما يدعـونا أن نعرض لبيان حق الانتـفاع على العموم. فنبين معناه والفرق بينه وبين ملك المنفعة عند بعض الفقهاء، والفرق بينه وبين حق الانتفاع فى التشريع الوضعى وهو ما يعد من الحقوق العينية.

يستعمل حق الانتفاع فى الفقه الإسلامى فى الدلالة على ما يثبت لكل من المالك والمباح له من الحق فى الانتفاع بما يملك أثرا ونتيجة لملكه أو لإذنه بالانتفاع بما لا يملك، سواء أكان ملكه ملك عين أباح له الانتفاع بتلك العين كالدار إذا ملكها إنسان كان له بناء على ذلك حق الانتفاع بها سكنا أم كان ملك منفعة أباح له الانتفاع بتلك المنفعة، كالدار إذا أوصى بسكناها لإنسان كان له بناء على تملك منفعة السكنى بالوصية حق الانتفاع بسكناها، كما يثبت له الحق فى الانتفاع بما أبيح له أثرا ونتيجة للإباحة والإذن، كالدار يباح لشخص أن يسكنها فيكون له حق الانتفاع بسكناها نتيجة لهذه الإباحة.

وعلى ذلك يثبت حق الانتفاع لصاحبه إما أثراً لذلك، سواء أكان ملك عين أم ملك منفعة، وإما أثراً للإباحة .

وكثيرا ما يطلق حق الانتفاع مرادًا به ملك المنفعة المقيد، وذلك كثير فى عبارات الحنفية إذ يطلقونه على ملك المنفعة الذى يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه فقط، كما فى بيوت السكنى الموقوفة لسكنى طلبة العلم، وكما فى الإعارة التى جعل للمستعير فيها أن ينتفع بنفسه فقط.

أما المالكية فلا يطلقونه إلا على الانتفاع نتيجة للإباحة فقط، ولا يريدون به ملك المنفعة . ذلك معناه واستعماله فى الشريعة.

أما معناه فى التشريع الوضعى، فهو الانتفاع بشىء معين مملوك لآخر غير المنتفع مع المحافظة عليه. فكان فى هذا التشريع ملك منفعة لعين مملوكة لآخر ملكا لازما يكتسب بالعقد نظير عوض أو بالمجان، وذلك بنقله إلى غير مالك العين مع الاحتفاظ برقبتها، أو بنقل ملك الرقبة إلى آخر مع احتفاظ مالكها بملك منفعتها، كما يكتسب بالشفعة وبالتقادم مدة (٥) سنوات أو (١٥) سنة على حسب الأحوال، ولا يكتسب أيضا بعقد الإجارة خلافا لما عليه الفقه الإسلامى، إذ إنه يفيد ملك منفعة العين المستأجرة للمستأجر، بينما أنه فى القانون لايكسب[1] المستأجر ملكية لا يكسبه إلا التزاما من المؤجر بتمكينه من الانتفاع. وهذا كما يرى

(١) الحقوق العينية ، جـ ٢، ص ٢٧٩، لكامل مرسى.

حق شخصى فى حين أن حق الانتفاع فى لسان القانونيين حق عينى، أى سلطة تنصب على العين محل الانتفاع دون احتياج إلى توسط شخص آخر يطالب بالتنفيذ أو بالوفاء. أما حق المستأجر فلا يستوفى إلا بواسطة المؤجر، وذلك بمطالبته بتسليم العين المؤجرة إلى المستأجر وتمكينه من الانتفاع بها، ومن ثم لم يكن عقد الإجارة سبباً لكسب حق الانتفاع بمعنى ملكية المنفعة الذى عده القانون حقا عينيا.

وإذا كان حق الانتفاع عنوانا على ملك المنفعة أو على إباحتها فى لسان فقهاء الحنفية إذ يطلقونه على كل منهما، كما قدمنا، بينما لايطلقه المالكية والشافعية إلا على إباحة المنفعة، فإن الفرق بينه حين يراد به الإباحة وبينه فى لسان القانونيين إذ يريدون به ملكية المنفعة دائما فرق واضح، فإن الملك والإباحة أمران متغايران. أما حين يراد به ملك المنفعة كما يستعمله الحنفية أحيانًا فالفرق بينهما أنه فى التشريع الوضعى يطلق على ملك المنفعة المتمثل فى عناصره الثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف، بينا أنه عند الحنفية إنما يطلق ملك المنفعة الذى لا يكسب صاحبه إلا الاستعمال فقط.[١]

ولما كان عقد الإجارة فى الشريعة الإسلامية عقد تمليك للمنافع يملك به المستأجر منفعة العين المستأجرة فقد اقتضى ذلك النظر فى حق المستأجر بهذا المعنى، أهو من الحقوق العينية أم من الحقوق الشخصية بالاصطلاح القانونى؟ وبعبارة أوضح أيعده فقهاء القانون من الحقوق العينية أم من الحقوق الشخصية؟ إذا ما أريد به معناه فى الشريعة.

لقد اختلف الفقه والقانون فى بعض البلاد العربية، كمصر وسوريا وليبيا فى حكم عقد الإجارة، فعقد الإجارة فى الفقه الإسلامى عقد تمليك يملك به المؤجر المستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة نظير عوض مالى، فيتملك به المستأجر منفعة العين المستأجرة، يثبت له بذلك حق الانتفاع بها بحسب التعبير الفقهى، ولكنه فى قوانين البلاد التى أشرنا إليها وما ذهب مذهبها من البلاد الأخرى عقد إدارة لا تمليك، ويعتبره رجال القانون أهم عقود الإدارة، كما أن عقد البيع أهم عقود التصرف، ويعرفونه بأنه عقد يلتزم به المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع

بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم. ومن ثم قالوا : إن حق المستأجر حق شخصي لا عيني، ولكن الأمر الذي يسأل عنه حينئذ: بم ينتفع المستأجر إذا انتفع؟ أينتفع بمنفعة مملوكة له أم بمنفعة غير مملوكة له؟ فإذا انتفع بما هوملك له فقد ملك المنفعة بناء على عقد الإجارة وكان له حق انتفاع بمعنى ملك المنفعة، وإن انتفع بما لايملك وهو المنفعة التى كانت مملوكة للمؤجر، وستظل بالضرورة مملوكة له بعدم وجود سبب لتمليكها المستأجر، فعلى أى وجه انتفع بملك غيره؟

قد يجاب عن ذلك بأن المستأجر قد انتفع بمايملك وأنه تملك المنفعة فى ثانى الحال، كما يعبر فقهاء الشريعة بطريق حقه الشخصى قبل المؤجر، وكثيرا ما يؤدى الحق الشخصى إلى حق عينى. والأساس عندهم فى ذلك أن عقد الإجارة إنما ينشأ بادئ الأمر بالتزام شخصى بتمكين المستأجر من الانتفاع وهو التزام يؤدى فى ثانى الحال إلى تملك المنفعة، غير أنها ملكية تثبت عند الاستيفاء وهو وقت تلاشى المنفعة، ومن ثم لم توجد حقا عينيا قائمًا.

أما الفقه الإسلامى فالأساس فيه أن الإجارة تمليك منفعة ابتداء، ومن ثم ملك المستأجر ابتداء المنفعة، وتبع ذلك إلزام المؤجر بتسليم العين المستأجرة والتمكين منها أثرا لتمليك المنفعة - غير أن هذا الملك وأمثاله لايسميه فقهاء الإسلام حقا عينيا؛ لعدم وجود هذا الاصطلاح لهم، ومن ثم يرى أن فقهاء القانون لا يجعلون حق المستأجر حقا عينيا لما ذكرنا آنفا، وفقهاء الإسلام ليس عندهم هذا الاصطلاح حتى يسموا هذا الحق حقا عينيا، ومن ثم فليس ما يدعونا إلى البحث فى أنه حق عينى أو شخصى.

وقد أشير فى بعض هذه التعريفات، ومنها تعريف فى القانون المدنى المصرى، إلى ما آل إليه حق الملكية أو الملك من تقييد إطلاقه بقيود سنشير إليها فيما يأتى سواء أكانت هذه القيود قد اقتضتها حقوق خاصة أم نظم اجتماعية قام عليها نظام المجتمع، وهى قيود تضمنتها القوانين فى البلاد المختلفة، كما أشير فى بعضها أيضا إلى أنه حق مقصور على صاحبه. وهذه خاصة من أبرز خصائصه، وذلك كما فى تعريف الكمال بن الهمام له بأنه اختصاص حاجز، وكما فى نص المادة

(٨٠٢) من القانون المدنى المصرى، والمادة (٧٦٨) من القانون السورى، والمادة (٨١١) من القانون الليبى، إذ عبر فيها، بعبارة «المالك الشىء وحده» وذلك صريح فى إفادة عدم مشاركة غير المالك له فى الملك أو حق الملكية.

تطور حق الملكية أو الملك فى ماضيه وحاضره :

وجدت الملكية منذ وجد الإنسان على ظهر هذه الأرض، حيث وجد فيها من المعادن والنبات والحيوان ما فيه حاجته وما يشبع رغبته، وما يوفى بما تتطلبه غرائزه، فكان فيه منافعه وبه حياته، وكان له كل ما تحويه الأرض، بل كان له غير ذلك مما هو فى السماء، وفى هذا المعنى جاء فى الكتاب العزيز قوله تعالى: **﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا﴾**[1] وقوله تعالى: **﴿الم تر أن الله سخر لكم ما فى الأرض والفلك تجرى فى البحر بأمره﴾**[2] وقوله تعالى: **﴿الم تر أن الله سخر لكم ما فى السموات وما فى الأرض وأسبغ عليكم نعمه ظاهرة وباطنة﴾**[3]، إذ المعنى كما جاء فى الكشاف للزمخشرى أن الله سبحانه وتعالى قد خلق ذلك للناس؛ لينتفعوا به فى دنياهم، ودينهم، ولينعموا به فى معايشهم.

ولما كان الانتفاع الكامل به لايتم ولا يكمل مع الشركة والشيوع وتزاحم الرغبات والطلب، نتيجة لحق الناس جميعا فى الانتفاع ، فقد مال الإنسان بمقتضى غريزته إلى اجتيار ما هو فى حاجة إليه وانساق إلى ذلك انسياقا غريزيا لأسباب ثلاثة ذكرها بعض العلماء وهى :

١ ـ أن كل فرد أميل إلى الاستيلاء على الأشياء لمصلحته الخاصة من أن يستولى عليها لمصلحة المجموع وذلك بحكم غريزته.

٢ ـ أن إدارة الأشياء وتدبيرها مع الحيازة الخاصة أكثر انسجاما وخير مالا من إدارتها بغير هذه الحيازة.

---

(١) البقرة : ٢٩.

(٢) الحج : ٢٦٥.

(٣) لقمان : ٢٠.

٣ ـ أن الأمن والسلام لا يتوافران إلا مع الملكية أو الحيازة الفردية، فإن الشيوع مثار النزاع بين الشركاء، وفى الحيازة الفردية حافز على العمل والتنمية والادخار للمستقبل، لأنها السبيل إلى الاستئثار بالمال المحوز بصورة دائمة تحقق للحائز منافعه وثمراته فى الحال والاستقبال، وذلك ما يدفعه إلى الجد والعمل.

وكانت هذه الحيازة أول مرحلة من مراحل الملكية الفردية، أو أول طور لها، وكانت مجرد حادثة مادية تتمثل فى استيلاء الإنسان على ما تصل إليه يده من مال أو متاع، وكان اختصاصه به واستئثاره بمنافعه يقوم على القوة والغلبة، إذ كان الشيء فى حيازة القوى أمنع وآمن من اعتداء الغير منه إذا كان فى حيازة ضعيف، حيث يكون معرضا لاستيلاء من هو أقوى منه وغصبه وحيازته دون أن يجد له ملجأ يدفع عنه. ثم انتهى الأمر فيها بمرور الزمن إلى أن أصبحت نظاما اجتماعيا شائعا يقوم على أسس اجتماعية واقتصادية ، أضفت عليه حرمة ومنعة وإقرارا، وبخاصة بعد أن تأيدت تلك الحيازة وقويت وتأصلت بالعمل فى المال المحوز، بعد أن كانت تقوم على مجرد الاستيلاء، وكان تقدم الحضارة وتطورها سببًا لتنوع حاجات الإنسان وكثرتها وتعدد رغباته وتكاثرها إلى درجة أعجزته عن أن ينالها كلها بجهده وسعيه، فاضطر أمام ذلك إلى الاستعانة بجهود غيره وإنتاجه لقاء ما يقدم له من إنتاج وجهود، وهكذا صار الإنسان يحوز الشيء ويستأثر به لا بمجرد البحث عنه فى الطبيعة والعثور عليه، ولكن بالعمل والإنتاج مما اتخذه الاقتصاديون أساس نظريتهم أخيرا فى حق الملكية. وبهذا النظر لم يكن لأساس الملكية الأول وهو الحيازة والاستيلاء ما كان له من القوة، وإن ظل باقيا إلى اليوم بالنسبة إلى المباحات، بل وفى حال الحروب وبعض حالات الاستعمار.

ومن هذا يظهر أن الأشياء كانت فى أصلها مباحة أو شركة بين الناس جميعا على وجه الإباحة، وأن الحيازة المادية هى التى تنقل الشيء من هذه الحال إلى حال الاختصاص أو حال الملكية الفردية الخاصة، وأن الملكية ظاهرة من ظواهر المجتمع لا تنفك عنه ولا تزايله على أى وضع من أوضاعه ولا على أية صورة من صوره، كما يتبين أن أسبق أنواع الملكية ظهورا ووجودا هى الملكية الفردية إذ كان الفرد أسبق وجودا من وجود الجماعة، ولم يكن للجماعة فى بداية الأمر إلا

إباحة، ثم ظهرت بعد ذلك الملكية الجماعية إلى جانب الملكية الفردية بعد أن نشأت الجماعات وتميزت بروابطها وأوطانها، واختصت كل جماعة بموطنها، وما يحويه من أرض وشجر ونبات وماء ومنافع، وظل الأمر على ذلك فى جميع العصور التاريخية المتعاقبة لم تنفرد إحداها بالوجود عن الأخرى، وإن لوحظ فى بعض من الأحيان أن إحداهما قد تطغى فى ظهورها على ظهور الأخرى، فتكون أكثر شمولا وأعم وجودا وأقرب أن تعد الأساس الذى يقوم عليه اقتصاد المجتمع ونظامه الاجتماعى. وكانت ملكية الأرض فيما مضى قبل النهضة الصناعية أهم مصدر للثروة والإنتاج ومحط الأنظار والأطماع، سعيا إلى الغلبة والتسلط والعلو.

وحين قامت الثورة الفرنسية مظاهرة للحرية الفردية، كان من آثار ما انتهت إليه وقررته جعل الملكية الفردية الخاصة حقا مطلقا، فجاء فى إعلان حقوق الإنسان أن الملكية حق مقدس لا يمس، فكان حق الملكية الفردية المطلقة من المبادئ التى لا تمس ولاترقى إليه منازعه، إذ كان يعد مظهرا من مظاهر استقلال الإنسان وحريته، فكان لصاحبه حقا مطلقا له منه جميع ما يستطيع أن يناله من مزايا ومنافع، وكان هذا الاتجاه مؤسسا على ما كان يسود فى الناس يومئذ من ميل إلى الحياة الفردية التى تقوم على الأثرة وحب النفس.

غير أن التطور الاجتماعى والصناعى، وتفاوت الناس تفاوتا فاحشا فى المال والثراء، وما نجم عن ذلك من استغلال الناس بعضهم بعضا فى سبيل الزراعة والعمل والإنتاج، ومن تشابك المصالح وتلك المنازعات، دعا الباحثين إلى النظر فى الأساس الذى تقوم عليه تلك الملكية الفردية المطلقة، مصدر هذا التسلط والاستغلال والتدافع والاضطراب، سعيا إلى الحد منها ومن آثارها، فانتهى البحث بهم إلى طرق عديدة. فمنهم من رأى أن أساسها الاستيلاء والحيازة، فذلك مصدرها وعليه تقوم. ومنهم من ذهب إلى أن الواجب فى أمرها أن تكون ثمرة للعمل لا للحظ والمصادفة. ومنهم من أوجب رد الأمر فيها إلى النفع العام الاجتماعى فرأى وجوب توزيعها على وفقه. ومنهم من ذهب فى بحثه إلى إنكار الملكية الفردية الخاصة فى وسائل الإنتاج، وإلى أن هذه الوسائل يجب أن تكون مملوكة ملكا جماعيا حتى تستطيع الدولة أن توجه الإنتاج الوجهة التى تحقق

للمجموع مصالحه وحاجاته. وقد كان لهذه الفكرة فى الأزمنة الأخيرة أنصار كثيرون فاعتنقتها دول عديدة، وكان من نتيجة هذه الأنظار والبحوث أن اتجه الناس بالملكية وجهة اجتماعية ظاهرة الأثر، وبدا ذلك واضحا فى ظاهرتين :

الأولى : تقييد الملكية الفردية بما تتطلبه المصلحة الاجتماعية، على أساس أن الملكية لم تصبح فى ذاتها مزية أو حقا خالصا لصاحبها، ولكنها وظيفة اجتماعية يقوم فيها المالك مقام المجتمع فيما يليه من المال والثراء، فيجب عليه أن يراعى فى إدارته وإنفاقه ألا يتخذ وجهة تضر بالمجموع، بل يطلب إليه دائما أن يكون أساس إدارته لأمواله وتدبيره وتصرفه فيها وإنفاقها فى مصالحه قائما على مراعاة مصلحة المجتمع وعدم الإضرار به.

وهذا اتجاه تتجه إليه الشريعة الإسلامية وتؤيده، إذ جاءت بما يدل على أن الحق فيما يملكه الناس، بل وفى كل ما هو فى هذا الوجود مما هو على ظهر الأرض إنما هو لله سبحانه وتعالى وملك له. قال تعالى : ﴿**ولله ملك السموات والأرض وما فيهن**﴾[1]، وقال تعالى: ﴿**لله ملك السموات والأرض وما بينهما**﴾[2]، إلى غير ذلك من الآيات العديدة التى وردت فى القرآن قاطعة بأن ملك ما يستولى عليه الإنسان من مال ومتاع على اختلاف أنواعه وألوانه: إنما هو لله سبحانه وتعالى وقد خلقه لمنفعة الإنسان بدليل قوله تعالى : ﴿**هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا**﴾ ففى هذه الآية وفيما جاء بمعناها من الآيات العديدة المنبثة فى القرآن بيان لما أنعم الله به على الناس من انتفاع واستثمار فيما خلق لهم، فكان للناس جميعا منافعه وثمراته ، وكان فيه سداد عوزهم وفيه قيامهم، وليتيسر ذلك لهم على وجه يتم به لكل فرد انتفاعه وسد عوزه دون تزاحم وتنازع، شرع لهم الولاية والسلطان عليه حتى تكون لهم القدرة على استخدامه وتسخيره والانتفاع به فى خيرهم، وكان فى ذلك الصورة العامة التى تمثل الملكية الجماعية فى إطار الإباحة العامة التى قام عليها سعى الفرد فى سبيل استيلائه واختصاصه بما سبقت إليه يده، ليتم له تحصيل منفعته وسد حاجته على أكمل وجه، وكان هذا الاختصاص صورة تتمثل فيها الملكية الفردية.

---

(١) المائدة : ٧.

(٢) المائدة : ٢٠.

ولم تكن تلك الملكية العامة المتمثلة فى الإباحة العامة أو الملكية الفردية إلا نوعا من الخلافة عن المالك الحقيقى لكل ما على ظهر الأرض وما وصلت إليه يد الإنسان، وذلك ما يدل عليه قوله تعالى: **﴿وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه﴾**[1]، وقوله تعالى: **﴿هو الذى جعلكم خلائف الأرض ورفع بعضكم فوق بعض درجات ليبلوكم فيما آتاكم﴾**[2]، وقوله تعالى **﴿وآتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾**[3]

ومن هذا يتبين أن الولاية العامة للناس على هذا المال إنما هى خلافة عن مالك السموات والأرض وما فيهن، وأن اختصاص الإنسان بشىء منه نتيجة سبق يده إليه لم يكن فى إطار هذه الولاية إلا نتيجة وثمرة لها، وكان بحكم ذلك نوعا من الخلافة والولاية تلقاها عن المجتمع الذى كان له ابتداء الولاية العامة على جميع ماعلى ظهر الأرض من معادن ونبات وحيوان، وبذلك يظهر أن الملكية بنوعيها خلافة، وإذا كانت خلافة كانت وظيفة اجتماعية، لها مع ذلك صفة الاختصاص التى أضفت عليها صفة الحق حين تكون خاصة، وذلك ما يضع الملكية على العموم فى نطاق محدوادِ بحدود أوامر مالك المال ونواهيه وإرشاداته التى أراد بها مصلحة الناس جميعاً فرادى وجماعات؛ وما يضعها كذلك فى حدود مصالح المجتمع صاحب الولاية الأولى فى هذه الأموال، وجميعها حدود مشروعة لم يقصد بها إلا صلاح المجتمع، ولايجوز تجاوزها، فإن تجاوزها يعد خلافا يخرجها عن وضعها، ويستوجب الجزاء عليه، وأقل جزاء على ذلك عدم حمايتها.

وعلى الجملة، فالشريعة الإسلامية تقرر ما تقوم عليه الملكية من أعباء اجتماعية تجعلها فى عداد الوظائف والتكاليف الاجتماعية، وذلك بما يأتى:

أولا - بإضافة الأموال إلى الله سبحانه وتعالى، وإثبات أنه خلقها للناس جميعا وأنها ملك له واستخلف الناس فيها. وذلك فى مثل قوله تعالى **﴿ولله**

---

(١) الحديد: ٧.

(٢) الأنعام: ١٦٥

(٣) النور ٣٣

ملك السموات والأرض وما بينهما﴾[١]، وقوله تعالى : ﴿ولله ما فى السموات والأرض﴾[٢]، وقوله تعالى : ﴿هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا﴾[٣]، وقوله تعالى: ﴿وآتوهم من مال الله الذى آتاكم﴾[٤]، وقوله تعالى ﴿وأنفقوا مما جعلكم مستخلفين فيه»[٥].

ثانيا ـ بيان ما تقتضيه خلافة الإنسان فى هذا المال، وذلك بإضافة المال الخاص إلى الجماعة فى مثل قوله تعالى: ﴿ولاتؤتوا السفهاء أموالكم التى جعل الله لكم قياما﴾[٦]، وقوله تعال: ﴿ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[٧]،وبإيجاب الإنفاق منه فى سبيل الله فى آيات كثيرة مختلفة الأساليب من ترغيب وترهيب، مثل قوله تعالى: ﴿مثل الذين ينفقون أموالهم فى سبيل الله كمثل حبة أنبتت سبع سنابل فى كل سنبلة مائة حبة﴾[٨]،وما بعدها من الآيات، وقوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله﴾[٩]، وقوله تعالى: ﴿وما تنفقوا من خير فلأنفسكم﴾[١٠]، إلى غير ذلك من الآيات.

ثم بتحريم عزل المال عن وظيفته الاجتماعية، والنهى عن إفساده والتبذير فيه وعن حبسه واكتنازه، وذلك فى مثل قوله تعالى: ﴿إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين﴾[١١]، وقوله تعالى فى المترفين : ﴿قالوا ياويلنا إنا كنا ظالمين* فمازالت تلك دعواهم حتى جعلناهم حصيدا خامدين﴾[١٢]، وقوله تعالى : ﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم* يوم يحمى عليها فى نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون﴾[١٣]، وقوله تعالى: ﴿ولا يحسبن الذين يبخلون بما آتاهم الله من فضله هو خيراً لهم بل هو شر لهم سيطوقون ما بخلوا به يوم القيامة﴾[١٤].

---

(١) المائدة : ١٨. (٢) النساء : ١٢٦. (٣) البقرة : ٢٩.
(٤) النور : ٣٣. (٥) الحديد : ٧. (٦) النساء : ٥.
(٧) النساء : ١٨٨. (٨) البقرة : ٢٩١. (٩) الطلاق : ٧.
(١٠) البقرة : ٢٧٢. (١١) الإسراء : ٢٧. (١٢) الأنبياء : ١٤ ، ١٥.
(١٣) التوبة : ٣٥. (١٤) آل عمران : ١٨٠.

ثم بما جعل لولى الأمر من حق التدخل بالحجر على السفيه المبذر المتلف لماله والقيام على أموال الضعفاء عديم الأهلية أو ضعيفها، وبما جعل له من منع الاحتكار، ومن نزع ملك الفرد للمصلحة العامة.

فكل هذه أمور تدل على ما للملكية من مركز فى الوظائف الاجتماعية وأنها ليست ميزة ولا حقاً مطلقاً للفرد ليس له فيه شريك.

ومن هذا يبين أن الإسلام إنما ينظر إلى الملكية بنظرين؛ ينظر إليها باعتبارها حقا لصاحبها، وينظر إليها باعتبارها وظيفة اجتماعية، المالك فيه عامل وخازن، وعليه أن يعمل فى هذا المال بما يستطيعه فى نطاق إرادته ومواهبه وقوته، وله بحكم ذلك ثمرة عمله ابتداء بقدر حاجته، وما به طيب عيشه، وأما ما فضل بعد ذلك فهو من حق صاحب المال ومالكه الحقيقى يجب أن يوجهه فيما أرشد إليه مالكه فلا يجوز اختزانه وإكنازه دون استثمار وعمل فيه، فقد قال تعالى: **﴿والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم* يوم يحمى عليها فى نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم لأنفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون﴾**[1]، كما لا يجوز أن يمنع عن ذى الحاجة وعما تتطلبه مصالح الدولة عند ظهور حاجتها إليه، ولذا كان لولى الأمر أن يتدخل عندما يسىء الناس تدبير أموالهم والعمل فيها، وذلك عند اختزان الأموال بدون عمل فيها، أو عند ترك الأرض بوراً بلا زراعتها، كما له بناء على ماتقدم حق التوجيه والإرشاد فى طرق التنمية والإنتاج والصناعة والزراعة، فقد يحدث أن مالك الأرض يميل إلى زراعة نوع خاص من المحصولات؛ لأنه أكثرربحا فى حين أن حاجة الأمة تدعو إلى زراعة غيره مما يقيتها، كأن يميل صاحب الأرض إلى زراعتها قطنا مع حاجة الناس إلى البر، فلولى الأمر حينئذ حق التدخل، بأن يحمل صاحب الأرض على أن يزرعها براً، وهكذا يجب أن يوجه الإنتاج والاستثمار وجهة رشيدة بحسب حاجة المجتمع ومصلحته.

---

(١) التوبة: ٣٤، ٣٥.

وهذا المعنى السامى لم يظفر بالعناية والبحث إلا فى الزمن الأخير، إذ أخذ الفقهاء والفلاسفة ينبذون الحياة الفردية، ويوجهون نقدهم إليها ويشيدون بالحياة الجماعية والأفكار الاشتراكية ويقررون أن الحقوق المطلقة لا وجود لها ولا سبيل إليها فى حياة ينشدها مجتمع إنسانى كامل متكامل؛ إذ إن إطلاق الحقوق يحول دون تمتع كل فرد بحقه، ويجعل مناط الاستحقاق هو القوة والطغيان، وعلى هذا الأساس نظروا إلى الملكية على أنها وظيفة اجتماعية وليست حقا مطلقا لصاحبها، ولصاحبها حماية القانون ما التزم حدودها المشروعة حتى لايطغى على حقوق الآخرين، فإذا لم يلتزم ذلك فأضر بغيره فى سبيل انتفاعه بملكه ضررا فاحشاً غير مستساغ، أو امتنع على العمل فى ماله مؤثرًا ادخاره، حقٍّ لولى الأمر أن يتدخل لحمله على القيام بواجبه فى ماله.

والظاهرة الثانية تتمثل فى التمسك بالملكية الجماعية إلى جوار الملكية الفردية مع الحد منها فى بعض أحوالها حيث يرى أن الغلو فيها سبيل التحكم، أو إلى ضرب من الاحتكار، وذلك يظهر فى إقدام كثير من الدول على تأميم المرافق الرئيسية فى الدولة؛ لتقضى على الاستغلال والتحكم فيها، وتتجنبهما مستقبلا.

وقد اتجهت الجمهورية العربية المتحدة هذا الاتجاه، فحددت الملكية العقارية، وفرضت عليها قيوداً عديدة، وأممت المصارف والمرافق وأكثر الشركات والصناعات والمتاجر، ولكنها ظلت مع ذلك متمسكة بمبدأ الملكية الخاصة واتخاذها أساسا فى نظامها القانونى والاقتصادى، وبخاصة فى الأموال الثابتة، ولم تزل الملكية الخاصة المبدأ الأساسى فى ملكية العقار من أراضى وبناء، وإلى ذلك أشير فى الميثاق، إذ جاء فيه : «إن التطبيق العربى فى مجال الزراعة لا يؤمن بتأميم الأرض وتحويلها إلى مجال الملكية العامة، وإنما يؤمن استناداً إلى الدراسة والتجربة بالملكية الفردية للأرض فى حدود لا تسمح بالإقطاع، كما جاء فيه: إن الحلول الصحيحة لمشكلة الزراعة لا تكمن فى تحويل الأرض إلى الملكية العامة، وإنما تستلزم وجود الملكية الفردية للأرض، وتوسيع نطاق هذه الملكية بإتاحة الحق فيها لأكبر عدد من الأجزاء.

ولقد انتقل هذا الاتجاه من مصر إلى غيرها من البلاد العربية، كسوريا والعراق والجزائر على أوضاع مختلفة، وإن لم يكن له فيها ظهوره وتبلوره. هذا، ولا يزال مبدأ الملكية الخاصة أساسا جوهريا فى بناء المجتمعات حتى لا نرى تشريعا قد تنكر له أو تجاهله. فالقانون السوفيتى وهو أشد القوانين نفوراً من الملكية الخاصة قد اضطر إلى التسليم بمبدأ الملكية الخاصة الفردية فى بعض الحالات، بناء على أن إقرارها خير حافز على العمل المنتج الذى يرفع من مستوى الاقتصاد العام، ولا نزال نرى هذا الاتجاه ظاهر الأثر فى التشريع السوفيتى[1] .

٣ـ شرعية الملكية :

أقرت الشريعة الإسلامية منذ نزلت نظام الملكية : فردية كانت أم جماعية، ففى القرآن الكريم آيات كثيرة العدد منبثة فيه تحث على الإنفاق فى سبيل الله، وتأمر بالتصدق على الفقراء والمساكين، وبإعطاء الغارمين وأبناء السبيل، والصدقة والإعطاء لا يكونان إلا من مال مملوك للمتصدق أو المعطى.

وكذلك جاء فى الكتاب الأمر بإيتاء الزكاة، وأمر بإيتاء المال على حبه ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، والأمر بالإنفاق وبالإحسان إلى ذوى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى، كما جعل فيه للسائل والمحروم حق فى مال من له مال، وذلك بقوله تعالى : **﴿والذين فى أموالهم حق معلوم* للسائل والمحروم﴾**، وامتن الله على الناس بما خلق لهم من أنعام فجعلها ملكا لهم، بقوله: **﴿أو لم يروا أنا خلقنا لهم مما عملت أيدينا أنعاما فهم لها مالكون﴾** فكان فيما فرضه على الناس فى أموالهم، وفيما ندب إليه من إنفاق منها دلائل بينة على إقراره بالملكية الفردية. ومن أظهر الآيات دلالة على ذلك قوله تعالى فى سورة محمد: **﴿وإن تؤمنوا وتتقوا يؤتكم أجوركم ولايسألكم أموالكم* إن يسألكموها فيحفكم تبخلوا ويخرج أضغانكم﴾** وكذلك يرى آيات المواريث وبيان أنصباء الوراثة دلالة واضحة على الملكية وإقرارها.

---

(١) راجع حق الملكية، للدكتور الصدة، والملكية العقارية، لحامد مصطفى، وحق الملكية فى ذاته، للدكتور صلاح الناهى.

وكما زخر القرآن بالآيات التى تقر الملكـية زخرت السنة بما يدل عليها أيضا، ونكتفى بذكر ماجاء فى خطـبة الوداع وهو قوله (ﷺ): «ألا إن دماءكم وأموالكم وأعـراضكم عليكم حـرام كحـرمـة يومكم هذا فى بلدكم هذا حـتى تلقـوا ربكم ليسألكم عن أعمالكم. ألا فليبلغ أدناكم أقصاكم».

أما إقـراره الملكية الجمـاعية فهـو ظاهر فى المساجد، إذ جـعلها لله سبـحانه وتعالى له، فقـد جاء فى القرآن الكريم : ﴿**وأن المساجد لله**﴾ وليس يراد من ذلك إلا أنها لجـماعة المسلمـين يؤدون فيها عـبادتهم وشعـائرهم، وظاهر أيضًا فى شريعـة الوقف الذى جعلت غلاته وثمـراته فى سبيل الخـير العام أى فى مـصالح عامة المسلمـين، وظاهر كذلك فيما فـعله رسول الله (ﷺ) فى قسمته غنائم خـيبر نصـفـين جـعل أحـدهمـا للنوائـب والوفـود تفـد على رسـول الله (ﷺ) وعلى المسلمين؛ ليطعموا من غلته، وظاهر فيما حماه رسول الله (ﷺ) من الأرض لخيل المسلمين التى يحملون عليها حين يغزون فى سبيل الله تعالى، فقد حمى النقيع[1] لهذا الغرض فكان للمسلمين عامة.

وهذا هو شأن الفىء والغنائم قبل قسمـتها فى الناس، وكان هذا أساس قول عمـر فى هذا المال: «ما من أحد من المسلمـين إلا وله فى هذا المال حق أعطيه أو منعـه» وكان يقـول : «من أراد أن يسـأل عن ذلك المال فليـأتنى، فإن الله تبـارك وتعالى جعلنى له عارفا وقاسمًا».

وهذا ما يدل على مـا يراد بالملكية الجمـاعية فى نظر الإسلام، وأنهـا لأفراد المسملين لا لهيئة من الهـيئات، باعتبارها ذات شخصيـة اعتبارية لها ملك هذا المال وحقـوقه. وفى حمى رسـول الله (ﷺ) حين حمى النقـيع لخيل المسلمـين إقرار للملكية الجماعيـة، إذ صارت أرضه بذلك لجماعة المسلمين فى سبـيل منفعة عامة لهم، هى جعلها مرعى لخيلهم المعدة للغزو فى سبيل الله.

٤ - طبيعة الملك أو حق الملكية :

وصفت الملكية فى تعريفاتها السابقة بأنها اخـتصاص، وبأنها صفة شرعية أو حكم شرعى، وذلك يدل على أنها صفة اعتـبارية منتزعة من آثارها وأحكامها التى

(١) موضع قريب من المدينة

رتبت عليها، أو جعلت لها بمقتضى العرف والعادة وبداعية الحاجة مما أقرته الشرائع.

وثبوت هذه الصفة اعتبارا قد رتب على أسباب معينة، فكانت أثرا جعليا أو نتيجة جعلية لهذه الأسباب، كما كانت بالنظر إلى قرار الشارع إياها وإقراره لآثارها، حكما شرعيا مستندا إلى اعتبار الشارع وإقراره، وذلك ما لا يخرج بها عن أن تكون صفة شرعية اعتبارية ليس لها وجود ولا حقيقة مادية.

وكذلك كان تعريف رجال القانون لها بأنها الحق فى الاستعمال والاستغلال والتصرف، أو القدرة على ذلك، إذ ليس الحق قانونا إلا أمرا يثبت باعتبار القانون وحكمه.

ومن ثم كان حق الملكية أو الملك من النظم التى تخضع فى وجودها وفى نشأتها وفى آثارها إلى مصدر هذا الاعتبار من شريعة أو قانون، فهى تتحدد وتتكيف بما يوضح لها فى هذين المصدرين من حدود وقيود، وبما يتصف به من أوصاف، وهى فى هذا المجال لا تتعدى مصادرها التى منها العرف الصحيح السليم، ولذا يجب أن يكون لعرف الناس وتعاملهم أثر فى ذلك.

ومن هذا يتبين أن الملك ليس إلا اعتباراً شرعيا يوجد حيث تقضى الشريعة أو القانون بوجوده، وينتفى حيث تنفيه هى أو القانون.

٥ - نطاق الملك ومداه :

نريد فيما ندلى به من بيان التعريف بأمرين : الأول ما يصلح أن يكون محلا للملك أو لحق المكية، والثانى : مدى كل منهما والحدود المحددة لمحلهما، أى لما يتعلق به كل منهما وما يتصل بذلك.

(١) فأما ما يصلح أن يكون محلا لكل منهما : فهو الأعيان المالية، ففى اصطلاح الفقه الإسلامى أن ما يتناوله اسم المال من الأعيان يصلح أن يكون محلا للملك، وما لا يتناوله اسم المال منها لا يصلح أن يكون محلا للملك، كالميتة والخمر بالنسبة إلى المسلمين، وكذلك كل ما حرم الشارع تملكه والانتفاع به. وكذا كل ما لا ينطبق عليه تعريف المال؛ كالشمس والقمر والنجوم ونحوها.

ويرى فقهاء القانون أن محل حق الملكية إنما هو الأعيان المالية المعينة بذواتها مما لم يحرم القانون حيازتها وامتلاكها، مع مراعاة معنى المالية فى اصطلاحهم وهو أوسع دائرة من معناه فى اصطلاح الفقه الإسلامى، ثم إن هذا الحق لا يتجاوزها عندهم إلى المنافع والحقوق بأنواعها، فليس يصلح شىء منها أن يكون محلا لحق الملكية فى نظر القانون وإن تناولها اسم المال. بينا نجد أن الملك فى نظر الفقه الإسلامى يتجاوز هذا النطاق فيثبت فى المنافع على العموم سواء اعتبرت مالا، كما ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء أم لم تعتبر مالا، كما ذهب إلى ذلك فقهاء الحنفية، وذلك لما قدمنا من أن معنى الملك الاختصاص الذى يخول صاحبه الاستئثار والمنع على ما تقدم بيانه، وهذا كما يتحقق فى الأموال يتحقق فى غيرها، وكما يتحقق فى الأعيان يتحقق فى غيرها من المنافع والحقوق.

غير أنه يلاحظ أن من المنافع ما حرمه الشارع، وذلك كمنفعة الغناء ومنفعة آلات الطرب، كالعود والمزمار ومنافع آلات اللهو، كالنرد ونحوه، وكذلك منافع كل ما حرم الشارع عينه إذ لا يجوز الانتفاع بماحرم الشارع عينه، كالخمر والميتة والدم المسفوح بالنسبة للمسلمين، فقد روى عبد الله بن عمر أن رسول الله (ﷺ) قال : «إن الله حرم الخمر والميسر والمزر والكوبة والغبيراء وكل مسكر حرام» وفى لفظ آخر «إن الله حرم على أمتى الخمر والميسر والمزر والكوبة والقنين» رواه أحمد[1] . وجاء فى الكتاب العزيز : **﴿قل لاأجد فيما أوحى إلىَّ محرما على طاعم يطعمه إلا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فإنه رجس﴾** [2]. والأدلة من الكتاب والسنة فى هذا الموضوع عديدة، وكلها صريحة فى تحريم شرب الخمر وبيعها والتعامل بها والانتفاع بها، وفى تحريم أكل الميتة والانتفاع بها وبأجزائها، وفى تحريم الدم المسفوح وشربه، وفى تحريم الانتفاع بآلات اللهو فى اللهو بها، فكان النهى عن الانتفاع بمنافع هذه الأشياء نهيا عن تملك منافعها، فلايصح الاستئجار عليها إذ تملكها إنما يكون باستيفائها والمتعة بها، وذلك هو المحرم المنهى عنه.

---

(١) المزر نبيذ الشعير ، والكوبة الطبل، والغبيراء قيل الطنبور، وقيل العود، وقيل البربط، والقنين لعبة للروم يقامرون بها، وقيل هو الطنبور بالحبشة.

(٢) الأنعام ١٤٤

وإنما يتناول ذلك النهى ما كان منفعة مقصودة منها، أما ما ليس مقصودا منها، كتملك هذه الآلات لإحراقها أو لبيعها لذميين مثلا، فلا يتناوله النهى ولاالتحريم فيما يبدو من الأحاديث.

أما الخمر فقد نهى الرسول (ﷺ) عن شربها وبيعها وحملها وذلك فيما رواه أنس عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: «لعن عاصرها ومعتصرها وشاربها، وحاملها والمحمولة إليه، وساقيها وبائعها وآكل ثمنها، والمشترى لها والمشتراة له» رواه الترمذى، وابن ماجة، وذلك مايدل على حرمة تملكها على المسلم وهو ما يستلزم الا تكون محلا لملك المسلم وإن صلحت أن تكون محلا لملك الذمى، وهذا عند أبى حنيفة، ورتب عليه وجوب تضمين المسلم إذا أراقها لذمى خلافا للشافعى، ومثلها فى عدم قبولها لتملك المسلم الميتة فيما عدا إهابها، وذلك لما روى عن ابن عباس : «دباغ كل إهاب طهوره» فيملك الإهاب ليطهر وينتفع به، ومن الفقهاء من استثنى إهاب الكلب والخنزير، ومنهم من استثنى إهاب الخنزير فقط، ولكن الحديث عام.

وأما الدم المسفوح فقد حرم الشارع شربه، لما يترتب عليه من الضرر بشاربه، وذلك لا يمنع من تملكه إذا تحول وتملك لمنفعة أخرى غير شربه.

وعلى الجملة ، فهذا النوع من المنافع المحرمة التى أشرنا إليها لا يصلح أن يكون محلا للملك فى نظر من ذهب إلى تحريمه من الفقهاء.

وكذلك لا يصلح أن يكون محلا للملك ماكان من الأعيان معدوم المنفعة، لأن ملك العين إنما يقصد به منفعتها، فإذا لم يكن لها منفعة ما لم يصح تملكها، ومن ثم لم يجب فيها عوض عند التعدى عليها، وذلك مثل خشاش الأرض، وهو حشراتها وهوامها، فهذا لا يصلح أن يكون محلا للملك، كما لا يصلح أن يكون محلا له منفعة الغناء فى نظر من ذهب إلى تحريمه من الفقهاء. قال ابن رشد الحفيد فى البداية : أجمعوا على إبطال كل منفعة كانت لشىء محرم العين كل منفعة محرمة بأمر الشارع، مثل منفعة النوح والغناء، وأما ما اختلف فى تحريمه من ذلك فقد اختلف فى تملكه، ومن الفقهاء من لم يجعله محلا للملك وأجاز أن يكون محلا للإباحة، وأثر ذلك جواز الإجارة فيه وامتلاكه بعوض وعدم جواز

ذلك، فإجارة الفحول من الإبل والبقر والخيل للنزو ممنوعة عند أبى حنيفة والشافعى ؛ للنهى عن عسب الفحل مع جواز الإباحة فيها والكرامة عندهما، وجائزة عند مالك، وهو قول يخالف ما يروى عن ابن عمر قال : نهى النبى (ﷺ) عن ثمن عسب الفحل، رواه أحمد والبخارى، وما روى عن جابر : نهى النبى ﷺ عن بيع ضراب الفحل، رواه مسلم والنسائى. أما الكرامة ففى جوازها جاء حديث أنس : أن رجلا من كلاب سأل النبى (ﷺ) عن عسب الفحل فنهاه، فقال يارسول الله : إنا نطرق الفحل فنكرم، فرخص له فى الكرامة. رواه الترمذى ولعل مالك استند إلى هذا.

وقد جرى العرف فى بعض البلاد العربية كمصر على هذه الكرامة.

ومما تقدم يرى أن المملوك فى نظر الفقهاء أعم من المال، إذ منه ما يعد مالا ومنه مالا يعد مالا فى اصطلاحهم.

ومما يجب الالتفات إليه أن هذا النوع من الاختصاص الذى عده الفقهاء ملكا لا ينكر وجوده رجال القانون، إذ هو أمر واقع تقوم عليه معاملات الناس، والقانون فى هذا واسع المجال. غاية الأمر أنه لايتناوله اسم حق الملكية فى اصطلاحهم، ولذا كان بحثهم له فى نطاق الحقوق عامة، وعلى هذا يرى فى اصطلاحهم أن من المال ما يكون محلا لحق الملكية وهى الأعيان المشخصة، ومنه ما لا يكون محلا لها وهو ما عداها. فكان أعم من المملوك . وكما يرى أن اسم المال فى اصطلاح الفقه الإسلامى أخص من الملك بمعنى المملوك، فكل مال يصح أن يملك ولكن يوجد من المملوك ما ليس يعد مالا، كما قدمنا.

(ب) أما مدى ما يمتد إليه الملك فى نظر الفقهاء إذا ما تعلق بما يملك فإنه حين يتعلق بالأعيان يمتد إلى منافعها وثمراتها ونتاجها وجميع ما يتولد منها، سواء منها المنقول والعقار، ففى الحيوان يمتد إلى جميع أجزائه وإلى نتاجه ومنافعه، وفى العقار يمتد إلى علوه وسفله ومنافعه، فكان لمالك الأرض البناء عليها والاستعلاء به أى حيث يستطيع أن يعلو به وينتفع، وكان له من الانتفاع بسفلها ما يستطيع أن يصل إليه بالحفر فى ذلك السبيل، وكان له بناء على ذلك أن يمنع جاره من أن ينتفع بجوها الذى يعلوها. وذلك بأن يمتد ببنائه إلى علوها على أى وضع من الأوضاع، أو بأن تمتد فروع أشجاره المغروسة فى أرضه إلى ذلك العلو، أو بأن

يمد فيها أو فى علوها أسلاكًا أو نحو ذلك، كما يكون له أن يمنعه من الانتفاع بسفلها بأى طريق أراد، كأن ينشئ فيه حجرات أو ممرات أو يمد فيه أنابيب أو نحو ذلك، وإذا كان العقار أرضا زراعية كان لمالكها ما ينبت فيها من شجر وزرع وما يثمره ذلك الشجر بشرط ألا يكون ذلك من بذور مملوكة لغيره. أما ما يكون من بذر يبذره مالكه فى أرض غيره فإن ما ينبت منه ويتولد يكون ملكا لصاحب البذر، لأنه متولد من بذره أو نماء بذره وليس لصاحب الأرض التى ينبت فيها إلا ما يستحقه من أجر بسبب شغل أرضه به، وإذا ما حوت الأرض كنوزا أو معادن فإن الكنوز لا تكون ملكا لصاحب الأرض؛ لأنها ليست جزءا منها ولا متولدة عنها وإنما تكون ملكا لصاحبها الذى أودعها فيها. أما المعادن وهى الفلزات توجد فى الأرض بحسب الطبيعة فقد اختلف الفقهاء فى حكمها لمن تكون، وسيأتى بيان ذلك عن قريب.

وقد ذهب كثير من الفقهاء إلى استثناء الكلأ الذى ينبت فى الأرض من غير صنع مالكها، فذهبوا إلى أنه يكون مباحا، كما استثنوا الماء ينبع منها، وذلك لعموم قوله (ﷺ) : «الناس شركاء فى ثلاثة ، الماء والكلأ والنار» رواه أحمد، وأبو داود عن أبى خراش، عن بعض أصحاب رسول الله (ﷺ) ورواه ابن ماجة من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام - وعن أبى هريرة أن النبى (ﷺ) قال: «لا يمنع الماء والنار والكلأ»[1] رواه ابن ماجة - فليس يملك شيء من ذلك إلا بإحرازه، وتملكه بإحرازه محل إجماع غير أن ماينبت منه فى الفلاة غير المملوكة مباح بلا خلاف إذا كان بدون إنبات، أما ما يوجد منه فى الأرض المملوكة بدون إنبات أحد فهو محل خلاف بين الفقهاء، ذهب بعضهم إلى أنه مباح حتى يحرز؛ لأن مجرد وجوده فى الأرض بحسب الطبيعة لا يعد إحرازًا له من مالكها، وذهب آخرون إلى أن وجوده فيها يعد إحرازا فيكون ملكا لصاحب الأرض وإليه ذهب بعض الشافعية، وسيأتى لذلك تفصيل بيان عند الكلام على التملك بسبب الاستيلاء.

هذا، وليس فيما أخذت به القوانين فى البلاد العربية خلاف لما ذكرناه مما ذهب إليه فقهاء الشريعة الإسلامية، ففى نصوصها ما يدل على أن حق الملكية

(١) الكلأ: النبات رطبه ويابسه، والرطب منه الخلا، واليابس الحشيش.

محله الأشياء المعينة وما يتفرع منها فيكون لصاحبه ما يتولد منها من ثمار ومنتجات، وما يكون لها من منافع على اختلافها، وذلك بما لا يخالف ما تقدم بيانه.

فتقضى الفقرة الاولى من م (٨٠٣) مدنى مصرى بأن مالك الشىء يملك كل ما يعد من عناصره الجوهرية بحيث لا يمكن فصله دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير، كما تنص المادة (٨٠٤) مدنى مصرى على أن لمالك الشىء الحق فى ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك، ولا يختلف القانون الليبى فى مادته (٨١٢) فى هذا عما ذكرنا، وكذلك القانون المدنى العراقى فى مادته (١٠٤٩) والقانون المدنى السورى فى مادته (٧٦٩) فقرة أولى ، وهذا فى عمومه يتفق مع ما ذهب إليه كثير من فقهاء المالكية، ولكن جمهور الفقهاء كما قدمنا يستثنون من هذا الحكم الكلأ والماء على ما بينا فيهما من أحكام.

هذا وقد جاء فى القانون المدنى المصرى م (١٨٠٤) أن لمالك الشىء الحق فى كل ثماره ومنتجاته وملحقاته ما لم يوجد نص أو اتفاق يخالف ذلك، وذلك ماجاء فى م (٧٧٠) مدنى سورى وم (٨١٣) مدنى ليبى وم (١٠٤٨) مدنى عراقى وم (١٢) لبنانى، ولا يرى الفقهاء هذا الرأى باطلا، بل إنما يتقيد فقط بالنسبة للأرض عند التعاقد عليها بعقد المزارعة أو بالنسبة للشجر عند التعاقد عليه بعقد المساقاة، إذ يكون للمزارع أو المساقى حصة فى محصول الأرض أو الشجر وإن لم يكن نماء لملكه ولا تعد حينئذ ملكا لمالك الأرض أو الشجر وإن كانت نماء لملكه، ولذا كان رأيهم أن النماء لمالك مصدره دائما إلا فيما ذكرنا وليس للشرط أثر يترتب عليه خلاف ذلك.

ويلاحظ أيضا أن مما يمتد إليه حق الملكية ما يعد متحدا بالعقار، سواء أكان هذا الاتحاد طبيعيا أم صناعيا، فجميع الأشياء المتحدة بالعقار تتبعه فى الملك، فتكون مملوكة لمالكه عن هذا الاتحاد الذى يعرف فى القانون باسم الالتصاق. ومن الجدير بالذكر أن الأشياء التى تتحد بالأرض اتحادًا صناعيًا، كالبناء تتبعها ولو كانت من صنع غير مالكها غير أنه فى هذه الحال قد تعد الأرض المقام عليها البناء تابعة له، وذلك فى حالة ما إذا كان البانى حسن النية وكانت قيمة الأبنية تفوق كثيرا

قيمة الأرض، م (٨٨٩) مدنى سورى وم (٩٢٥)/ ٢ مدنى مصرى. ويرى بعض الحنفية، كالكرخى أن الأرض تتبع البناء فى الملك إذا كانت قيمته أكثر من قيمة الأرض فتكون ملكا لمالكه بقيمتها، وإن لم يكن حسن النية، وذلك بناء على ارتكاب أخف الضررين عند اجتماعهما، ولا يشترطون فى ذلك حسن النية. ويرى آخرون اشتراط هذا الشرط، وعلى ذلك يؤمر صاحب البناء بالقلع مهما كانت قيمته، ولا تتبعه الأرض وتسلم الأرض إلى مالكها خالية منه، زجراً له حتى لا يكون فى ذلك سبيل إلى أخذ ملك الغير ظلماً[1]، وإلى هذا مال كثير من فقهاء المذاهب الأخرى.

علو الأرض وسفلها :

كان النظر يتجه فيما سبق إلى أن يكون علو الأرض وسفلها حقا لمالكها دون مراعاة حد معين ينتهى إليه ما لمالكها من حق فى علوها أو من حق فى سفلها وعمقها إذ لم تكن هناك داعية تدعو إلى البحث فى ذلك؛ طلبا لوضع حدود مقدرة. ولكن حين اخترعت الطائرات فجابت الآفاق الجوية، واضطرت الحكومات إلى حفر الأنفاق الغائرة العمق تحت المنازل فى المدن الكبيرة : لتكون مسارا للمركبات الكهربائية فى المناطق المزدحمة بالمارة وبالسكان، أصبح النظر فى تحديد العلو أو السفل الذى يتعلق به حق صاحب الأرض ذا فائدة وأثر فى المجال الاجتماعى والاقتصادى والسياسى، بالنسبة إلى مرور الطائرات فوق الأراضى المملوكة، وبالنسبة إلى حفر الأنفاق تحت المنازل، فكان من ذلك أن اتجه الباحثون إلى تحديد كل من العلو والعمق الذى يتعلق به حق صاحب الأرض ولا يكون لغيره أن ينتفع به إلا عن طريقه وإذنه، غير أن النظر فى ذلك على اختلاف أربابه من رجال القانون لم ينته فى نتائجه إلى اتفاق أو إلى تحديد مرضٍ ميسور التنفيذ مأمون الحرج، ولهذا ذهبت التشريعات المعاصرة إلى أن يكون لمالك الأرض منهما ما يستطيع أن يتمتع به ويستفيد منه فى حدود إمكانه؛ لأنه أولى من غيره فى الانتفاع بما يملك وبما يتصل به أو يجاوره مجاورة يترتب عليها ثبوت حق الانتفاع به قانونا، وليس من فائدة له فى أن يمتد ملكه علوا أو سفلا إلى غير نهاية،

---

(١) حاشية ابن عابدين، ج ٥، ص ١٣٥، ١٣٧، طبعة الحلبى

ولامحل لأن يكون لشخص ملك مـا لا يستطيع أن ينتفع به، بينا يرى أن من وراء هذا الإقرار له بذلك ضررا بمن له قدرة فوق قدرة الأفراد، ووسائل ليست لهم من الهيئات التى تستطيع أن تجعل من ذلك محلا لانتفاع المجموع، ولا مساغ لأن يمتنع على الجمـاعة ذلك ، إذ إنه يتنافى مع ما انـتهى إليه النظر فى هذا العـصر من أن الملكية كما شرعت لمصلحة المالك شرعت كذلك لتكون دعامة من دعائم قيام النظام الاجتماعى الذى يستوجب توجـيهها إلى تحقيق المصالح الاجتماعيـة. كما بينا فيما سبق.

وعلى هذا الأساس جاء نص الفقرة الثانية من م (٨٠٣) مدنى مصرى : أن ملكية الأرض تشمل ما فوقها وما تحتها إلى الحد المفيد فى التمتع بها علوا وعمقا.

وعلى هذا الأساس وضعت بقية القوانين فى البلاد العربية بدليل ما جاء فى المواد (٧٦٩) مدنى سـورى و(١٠٤٩) مدنى عراقى و(٨١٢) مـدنى ليبى و(١٣) لبنانى. وهذا مع ملاحظة القـيود التى وضعت لمصلحة الملاحـة الجوية، نظرا إلى الصالح العام للدولة.

أما فقـهاء الإسلام فكان رأيهم فى هذا رأيا مطلقـا غير محدد فـدل بإطلاقه على أنهم لا يرون فى ذلك تحديدا بمسـافات خاصة ، كـما جاء فى كتـاب الفروق للقرافى[1]، ولكن تعـريفـهم الملك بأنه مـا أمكن حـيازته والانتـفـاع به، أو بأنه الاختصاص الحاجز يشيـر إلى أن كلا من العلو والسفل المملوكين لصاحب الأرض محدد بإمكان الانتفاع بهما والقـدرة على المنعة الحاجزة، وهذا ما يجعل رأيهم فى العلو والسفل قـريبا مما ذهبت إليه القـوانين المدنية، وإن كانوا لم يصـرحوا بذلك عند بيانهم لما لصاحب الأرض من علوها وسفلها.

هذا، وقد تنفصل ملكية الأرض عن ملكـية بعض الطبقات العلوية، وذلك حين يتملك الإنسان علو بناء قائم على أرض، ويتـحقق ذلك فى مبنى ذى طبقات باع صاحـبه بعض طبـقاته العليـا أو باع أرضه وطبـقته السـفلى واستـبقى لنفـسه الطبقات العليا. ففى هذه الحال تكون الأرض ومـا عليها من بناء لم يبع معها ملكا لشخـص، ويكون ما يعلو ذلك من الطبـقات ملكا لشـخص آخر، ويظـل كذلك

(١) انظر الفروق للقرافى حـ ٤، ص ١٥، وتهذيب الفروق على هامشه، ج٤ ، ص ٤

مــالكا لهوائه بعــد انهــدام بنائه. وقد يحــدث ذلك أيضــا فى دار مكونة من ثلاث طبقات أو أكثر يبيعها مالكها لثلاثة أشخاص أو أكثر، لكل شخص طبقة منها، على أن تكون الطبقة السفلى صفقة واحدة مع الأرض فيكون لمشترى الطبقة الثانية حق ملكيتــها ، ولمشتــرى الثالثــة حق ملكها، وهكذا إلى أن يكون للأخــير آخر طبــقة وعلوها.

وهذه الملكيــة لا تثبت عند الحنفــية ابتداء إلا ضــمن بيع علو قائــم بناؤه فلا يملك حق التعلى اســتقلالا عندهم إلا بطريق الوراثة، إذ تمليكه استــقلالا بطريق البيع أو الهــبة مثلا غــير صحيح، لأنه ليس بمال عنــدهم. وذهب الملكية والحنابلة إلى جواز تملكه استقلالا حتى أنه ليصح عندهم بيعه قبل وجود سفله، وذلك بأن يباع علو ما ســيبنى على وضع معين موصــوف، وعلى هذا الوضع يرى أن ملكية العلو قد تنفصل عن ملكية الأرض فى نظر رجال الشريعة.

ولا تختلف التشــريعات الوضعية عن الشــريعة الإسلامية فى جــواز انفصال ملكية العلو عن ملكية الأرض، فتنفصل ملكيــة سطح الأرض عن ملكية ما فوقها أو ملكية ما تحتها عن ملكيتها، فقد جاء فى الفقرة ٣ من م (٨٠٣) مدنى مصرى: ويجــوز بمقتــضى القانــون أو الاتفاق أن تكون ملكيــة سطح الأرض منفــصلة عن مليكة ما فــوقها وما تحتــها. انظر م (٧٦٩) مدنى سورى و م (٨١٢) مــدنى ليبى و(١٠٤٩) مدنى عراقى.

أحكام الكنوز والمعادن :

الكنز : اسم لما يوجد فى باطن الأرض مما أودعه الإنسان نقوداً كان أم حليا أم سبائك؛ ولذا لا يعــد جزءا من الأرض التى دفن فيهــا، ولا يتناوله ملكها، ولا حق لملكيتها، وسيأتى بيان حكمه فى الكلام على أسباب الملكية، ويلاحظ أن المادة (٨٧٢) مدنى مصرى تجعل لمالك الأرض ملكية الكنز المدفون الذى لا يستطيع أحد أن يثبــت ملكيتــه له، وذلك مــا ذهب إلــيه الــقانــون العــراقى المدنى فى مــادته (١١٠١)، وكــذلك الليبــى م (٨٧٦)، غيــر أنه جــعل لمن يعثــر على كنز بمجــرد الصدفــة فى أرض مملوكة للغير نصــفه، وهذا حكم لا يتفق مع الأسس الشــرعية عندما يظهر لهذا الكنز مالك، إذ تقضى بأن يكون له جميعه.

أما اسم المعـدن فيطلق فى العرف على الفلز وهـو - كما جاء فى القـاموس المحيط - جواهر الأرض كلها من الذهب والفضة والنحاس والحديد وغيره.

والذى يوجد فى الأرض ممـا هو جزء منها ولم يدفنه الإنـسان ثلاثة أنواع : صلب قابل للطرق والسحب والانطباع بالنار، كـالذهب والفضة والنحاس والحديد ونحـو ذلك، وصلب لا يقـبل الطـرق ولا الانطبـاع بالنار ولا السـحب، كـالماس والياقوت ونحوها من الأحجار الكريمة. وسائل كالزئبق والبترول.

ويرى المالكية فى أشهر أقوالهم أن ليس شىء من ذلك يعد مملوكا لمن يتملك أرضه التى تحـويه، فلا يملك بامـتلاكهـا، إذ ليس لمثل ذلك تملك الأرض وتطلب عادة؛ وإنما يعد ملكا للـمسلمين استولوا عليـه باستيلائهم على أرضه، لاحـتوائها عليه، وليس ثمـرة للأرض ولامتولدا منها، فكان للإمـام أمر هذه المعادن يستـغلها لمصالح المسلمين أو يعطيهـا لمن يشاء نظير مال يصرف فى مصـالحهم أو بالمجان إن رأى المصلحة فى ذلك، ولا يـقطعها تمليكا، وإنما يقطـعها إذا مـا رأى المصلحة فى ذلك - انتفـاعا لمدة معـينة أو مدة حيـاة من أقطعه إياها، ولذا لا يرثهـا من بعده ورثته بل يرد الأمر فيها إلى الإمام، ولا فرق فى هذا الحكم بين ما يوجد من ذلك فى أرض مملوكة وما يوجد فى أرض غير مملوكة، ولا بين نوع منها ونوع آخر.

وقـد جـاء فى كتـاب منح الجلـيل للشـيخ عليش أن هذا الحكم دعت إليـه المصلحة، لأن المعادن قد يجدها شرار الناس، فإن تركت لهم أفسدوا، لأنها مدعاة إلى التحاسد والتقاتل، فجعلت لجماعة المسلمين درءاً لكل هذه المفاسد وما ماثلها، على أنه يكفى فى تأييد هذا الحـكم أنها وجدت فى أرض للمسلمـين وفى ولايتهم وتحت حمايتهم، وإنما يكون للأفراد منهـا ما يعطون، وليس يتناول العطاء ما يوجد فى باطنها من معادن، ذلك ما ذهب إليه بعض المالكية.

أما غيرهم من الحنفية والشافـعية والحنابلة فيرون أن هذه المعادن إذا وجدت فى أرض مملوكة كانت تابعـة لها، فكانت ملكا لمالك الأرض، وكان ملكه للأرض ملكا لها، لأنهـا من أجزائها، وهذا قول لبـعض آخر من المالكية، واستـثنى أحمد من ذلك فى رواية عنه ما كان من المعادن سائلا، بناء على أنـه لسيولته لايعد جزءا من الأرض. فلا تتناوله ملكيتها وإنما يكون مالا مباحا صاحب الأرض أولى به من

غيره، لقوله (ﷺ): «من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحد فهو له» رواه أبو داود. وفى رواية عنه فهو أحق به[1].

وفى هذا الرأى نظر، ذلك لأن الحديث يدل على أن ملك ذلك لمالك الأرض لا على عدم تملكه إياه، وليس من اللازم أن يكون جزء الأرض صلبا دائما، وجاء فى رواية أخرى عن أحمد أنه لا فرق بين الصلب والسائل فى تبعيته لملك الأرض، كما جاء فى إحياء الموات من كتاب الشرح الكبير.

هذا وللمالكية قول ثالث يقضى بأن لا خلاف بينهم وبين غيرهم من أصحاب المذاهب الأخرى إلا فى الذهب والفضة إذ يكون أمرهما إلى الأمام، كما تقدم، وذلك لانفرادهما باتخاذهما أساسا للتقويم، فكان من مصلحة الجماعة أن يكونا للأمة.

ومما يجب ملاحظته أن مالكا والشافعى وأحمد يرون أن هذه المعادن حين تكون ملكا لصاحب الأرض التى وجدت فيها تجب فيها الزكاة فى بعض الأحوال، خلافا لأبى حنيفة إذ لا يرى وجوب الزكاة فيها فى أية حال.

أما ما جرت عليه القوانين فى الجمهورية العربية المتحدة وفى سوريا والعراق ولبنان فهو أن ما يوجد فى باطن الأرض من المعادن التى توجد فى مناجمها فإنه يعد من أموال الدولة، وقد حددت المادة الأولى من القانون رقم (٨٦) لسنة ١٩٥٦ هذه المواد بأنها للمعادن وخاماتها والعناصر الكيماوية والأحجار الكريمة وما فى حكمها والصخور والطبقات والرواسب المعدنية والمياه المعدنية إذا كان استغلالها لاستخراج مواد معدنية منها، وذلك البيان بناء على أن المواد المذكورة ضرورية للاقتصاد العام، فاعتبرها الشارع لذلك من الثروة الوطنية العامة التى لاتدخل فى نطاق الملكية الفردية.

وهذا الموضوع قد تكفلت ببيان أحكامه فى مختلف البلاد العربية قوانين خاصة، لسنا بصدد عرض تفاصيلها إذ كل ما يعنينا بيانه هو أن هذه المواد لاتتناولها ملكية أرضها فى التشريع الوضعى، وأن هذه المواد فى القوانين أكثر عددا وأنواعا منها فى الشريعة الإسلامية.

---

(١) منتهى الإرادات، حـ ٢، ص ٤٣١.

أنواع الملك :

للملك أنواع عديدة انقسم إليها، نتيجة لاختلاف وجهة النظر إليه، فله قسمة بالنظر إلى محله أى مايتعلق هو به، وقسمة بالنظر إلى خصائصه وقسمة بالنظر إلى وضعه وصورته.

قسمته بالنظر إلى محله :

ينقسم الملك بالنظر إلى محله قسمين : ملك عين ، وملك منفعة.

فأما مالك العين ويسمى أيضاً بملك الرقبة، فهو ملك ذات الشيء ومادته، كملك العقار وملك المنقول من الأموال أو من الأعيان.

ولا يقبل الملك من الأعيان إلا ما كان له منفعة لم يحرمها الشارع. وهو ما يعد مالاً، فما لا منفعة له، كالخشاش من حشرات الأرض وهوامها ونحوه، وما كان له منفعة حرمها الشارع، كالميتة والخمر والخنزير للمسلمين لا يقبل الملك أو لايملك.

وقد روى عن جابر، أنه سمع رسول الله (ﷺ) يقول : «إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام» فقيل : يا رسول الله : أريت شحوم الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس. فقال : «لا، هو حرام» ثم قال رسول الله (ﷺ) عند ذلك : «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه» رواه الجماعة.

وعن ابن عباس قال، قال رسول الله (ﷺ) : «لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها فأكلوا أثمانها، إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه» رواه أحمد وأبو داود. وحرمة البيع تستلزم عدم الملك.

وملك الشيء والاختصاص به إنما يكون للانتفاع به، فإذا لم يكن من ورائه أية منفعة أو كانت منافعه محظورة كان الاختصاص به عبثًا لا يقره العرف، وانتفى أن يكون محلا لاعتداء، أو محلا لأى حكم، أو أثراً من آثار الملك، فلم يقبل لذلك أن يملك.

هذا، وقد يكون للعين منفعة لم يحرمها الشارع ولكن يوجد به مانع يمنع من إباحة الانتفاع المطلق به شرعاً، وذلك مثل الروث وما يشبهه من الأنجاس، مما

أبيح الانتفاع به عند الحاجة، كالانتفاع به فى تسميد الزراعة، ومثل الكلب ينتفع به فى الحراسة، وهذا النوع محل خلاف. فمن الفقهاء من يرى أنه غير قابل للملك فلا يملك، كالشافعية؛ وذلك لنجاسته التى أدت إلى حظر الانتفاع به انتفاعًا مطلقا، فحظر لذلك تملكه، ولكن جاز اقتناؤه للانتفاع به عند الحاجة. ويسمى اقتناؤه حق اختصاص، ومن الفقهاء من يرى قبوله الملك فيجوزون تملكه كالحنفية وذلك لجواز الانتفاع به فى الجملة وذلك ما يسوغ تملكه والاختصاص به.

والمال بطبيعته قابل لأن يملك، ولكن قد تعرض له عوارض تجعله غير قابل للملك فى بعض أحواله، وهو من هذه الناحية ثلاثة أقسام :

(أ) ما لايجوز تمليكه، ولا تملكه، وهو ما خصص للمنافع العامة ما دام مخصصا لذلك فلا يثبت فيه لأحد ملك خاص، وإنما يعد ملكا لمجموع الأمة، فكان مالا تعلق به حق الناس جميعا، وذلك كالمساجد والحصون والأنهار والطرق العامة ونحو ذلك.

(ب) ما لايقبل التمليك إلا عند وجود المسوغ الشرعى لذلك، وهو الأعيان الموقوفة والعقار المملوك لبيت المال مما يطلق عليه الآن الملك الحر فلا يجوز تمليك شىء من ذلك لشخص من الأشخاص إلا بمسوغ من المسوغات الشرعية، ويعد بيعها من غير مسوغ غير صحيح، وليس فيها لأحد ملكية خاصة لها جميع عناصر الملكية ومزاياها، إذ إن الوقف عند أكثر الفقهاء لا ملك فيه لأحد، وإنما الملك فيه لله سبحانه وتعالى. أما عند غيرهم فهو مملوك لواقفه أو للمستحقين لريعه. ولكن ملكيتهم له ملكية مقيدة ليس لها خصائص الملكية المطلقة، وما لبيت المال يعد مملوكاً لجماعة المسلمين.

(جـ) ما يقبل التمليك والتملك بلا شرط، وهو ما عدا القسمين السابقين.

وملك العين أو الرقبة إن شمل منافعها أيضا سمى بالملك التام، وهى تسمية حديثة لم تكن معروفة لدى فقهائنا الأقدمين، وإن اقتصر على العين فقط ولم يتناول منافعها سمى ملكاً ناقصاً وله حالتان يوجد فيهما :

الأولى : ملك العين التى أوصى بمنافعها لشخص من الأشخاص بعد وفاة الموصى : فإن ورثة الموصى لا يملكون عند وفاته إلى رقبتها فقط تملكوها

بالوراثة. أما منافعها فهى ملك للموصى له بمقتضى الوصية، وعندئذ لايكون لمالك العين أن ينتفع بها ولا أن يتصرف فى منافعها ما دامت فى ملك الموصى له، وإذا انتهت مدة الوصية أو مات الموصى له ولو قبل نهايتها على ما ذهب إليه الحنفية، والقانون المدنى، صارت المنافع ملكا لورثة الموصى تبعًا لأصلها ومصدرها وهو العين، ويجب على الموصى له تسليم العين إلى ورثة الموصى إن كان حيا عند انتهاء مدة انتفاعه، كما يجب ذلك على ورثته بعد وفاته عند انتهاء مدة الوصية بوفاته، لأنها أمانة فى يدهم يجب ردها إلى مالكها عند انتهاء الحق فيها. وعند ذلك تصبح ملكية ورثة الموصى للعين ملكية تامة، وليس للوارث بيع العين الموصى بمنفعتها فى مدة الوصية؛ لتعلق حق الموصى له بها وعدم قدرته على التسليم، ولكن إذا باعها للموصى له بالمنفعة جار ذلك، وكان شراؤه إياها تنازلا عن الوصية له بمنافعها، وعند الشافعى له بيعها مطلقاً ولو لغير الموصى له، ولكن إذا كانت الوصية مؤبدة فالأصح جواز بيعها للموصى له لا لغيره[1].

الثانية : ملك العين عند الإيصاء بها لشخص وبمنافعها لشخص آخر، وذلك أن يكون لشخص عين من الأعيان فيوصى بمنافعها لشخص وبرقبتها لشخص آخر، فإذا مات مصراً على وصيته وقبل كل منهما الوصية كان الأول مالكا لرقبة العين فقط، وكان ملكه ملكا ناقصًا ، وكان الثانى مالكا لمنافعها فتسلم العين إليه؛ ليستوفى حقه منها وتظل فى يده إلى انتهاء حقه فإذا انتهى عادت منافع العين إلى الموصى له بالعين، وسلمت العين إليه، وكان ملكه حينئذ ملكا تاما.

وملك المنافع وحدها يسمى أيضا ملكا ناقصاً، وعليه فالملك الناقص ما اقتصر على الرقبة فقط أو على المنافع فقط. وذلك كملك الموصى له بالمنافع منفعة العين الموصى بمنافعها له، وملك المستأجر لمنافع العين المستأجرة ، وملك المستحق فى الوقف لمنافع العين الموقوفة عليه. ويلاحظ أن تسمية هذا النوع من الملك بالملك الناقص تسمية مستحدثة لم تكن معروفة عند سلفنا من الفقهاء الأقدمين.

ويرى الحنفية أن هذا النوع من الملك وهو ملك المنافع فقط قد يقيد صاحبه أن ينتفع بنفسه وأن ينتفع بواسطة غيره، فيكون له أن يؤجر وأن يعير، كما فى

---

(١) نهاية المحتاج ، جـ ٦، ص ٨٧.

المستأجر والموصى له عند عدم التقييد بمنعه على ما ذهب إليه الشافعى. وذهب الحنفية إلى أن الموصى له بالمنفعة لا يملك إلا الإجارة؛ لأن المنافع عندهم ليست بمال وقد ملكها بغير عوض فإذا ملكها غيره بعوض كان مملكا أكثر مما ملك وهذا لا يجوز[1]. ولكن يجوز له الإعارة؛ لأن الملك بالإعارة فى القوة كالملك بالوصية، فكلاهما ملك بالمجان.

وقد يكسب صاحبه أن ينتفع بنفسه فقط، وذلك كما فى وقف أماكن السكنى على طلبة العلم، فليس لهم إلا أن ينتفعوا بأنفسهم فيسكنوا، وليس لهم أن يؤجروا ولا أن يعيروا، وإن كان لهم أن يبيحوا فى النطاق المتعارف من ناحية أن ذلك يعد مأذونا فيه لهم.

وكذلك يرى الحنفية أن الموقوف عليه فى الحالين : حال الوقف على طلبة العلم للسكنى، وحال الوقف على غيرهم للسكنى يملك المنفعة فيكون له ملك المنفعة أو حق الانتفاع لا فرق عندهم بين التعبيرين وكل ما هنالك من فرق أن هذا الملك قد يكون مطلقًا غير مقيد، كما فى الوقف على الأقارب مثلا، وقد يكون مقيدًا. وتقييده قد يكون بواسطة العرف كما فى وقف بيت على طلبة العلم لسكناهم، وقد يكون مقيدًا بالعبارة واللفظ، كما فى وقف بيت على زيد ليسكنه بنفسه على ألا يؤجر ولا يعير، وهذا خلاف اصطلاح المالكية فإنهم يجعلون حال الإطلاق من قبيل الملك؛ لثبوت التصرف والانتفاع للمالك فيها ويخصونها باسم ملك المنفعة، ويجعلون الحال الثانية حال التقييد من قبيل الإباحة ويطلقون عليها اسم حق الانتفاع؛ لعدم جواز التصرف فيها للمالك وهو اصطلاح الشافعية أيضا[2]، وهذا اصطلاح يخالف اصطلاح الحنفية الذين لم يصطلحوا على هذه التفرقة.

ويلاحظ أن الحنفية يفرقون بين ملك المنفعة وإباحتها، فيقولون : إن ملك المنفعة إنما يثبت بالتمليك سواء أكان بعوض، كما فى الإجارة أم بغير عوض، كما فى الوقف والإعارة والوصية بالمنافع، وهو يكسب صاحب حق التصرف فى المنفعة

---

(١) الدر المختار، جـ ٥، ص ٤٩.

(٢) الأشباه، للسيوطى

بالإجارة والإعـارة على حسب الأحـوال عند الحنفية مـا لم يوجد مـانع من شرط مشروط صراحة أو عرفا.

وأما الإباحة فـحق يثبت للشخص أثراً ونتيجـة لإذنه بأن ينتفع، وقد يكون هذا الإذن من الشارع، كمـا فى إباحة الانتفاع بمياه الأنهـار، وبالكلأ قبل الإحراز وبالطريق العام، وبالـقناطر والمرافق العامة، وفى هذا الصـدد روى قوله (ﷺ) : «الناس شركـاء فى ثلاثة : فى الماء والكلأ والنار»، أى شركـاء فيـها شركـة إباحة لاشـركـة ملك، وقـد يكون الإذن من المالك، كـأن يأذن إنسـان آخـر بأن يركب سيـارته، أو بأن يبيت فى منزله، أو أن يمر فى طريقـه الخاص المملوك له، أو بأن يأكل من طعامـه، وما دام الإذن قائمـا فالإباحة قـائمة وحق الانتفـاع ثابت، فإذا انتهى الإذن بانتهاء مدته إن كان له مدة أو برجوع الإذن عنه أو بوفاته انتهى الحق.

وليس للمبـاح له إلا أن ينتفع بنفسه وفق الإذن الصـادر له، فمن دعى إلى وليمة فليس له أن ينيب غيره عنه ولا أن ينقل من أطعمتها إلى منزله.

والمباح له يتملك ما أبيح له بما يملك به المال المباح وهو الاستيلاء عليه على الوجه المأذون به من صاحب الحق.

ومن هذا يتبـين أن الملكية التامـة محلها الأعيـان المالية اتفاقـا. وأن الملكية الناقصة محلها الأعيان المالية دون منافعها أو منافعها دون ذواتها ومادتها.

ولاختلاف الفـقهاء فى مالية المنفعـة إذ يراها الشافعية مـالا، ويراها الحنفية ليست بمال، نجد أن الملكيـة التامة والناقصة بالمعنى السالف الذكـر محلها المال دائما عند الشافـعية فلا يملك إلا مـا كان مالا [1]. أما عند الحنفية فـتكون الناقصة فى المال وفى غيره، كالمنافع. أما الملكية التامة فلا تكون إلا فى الأموال عندهم.

---

(١) راجع الأشباه، للسيوطى، ص ٣٤٩، ما يفيده تعريف السبكى للملك، بأنه حكم شرعى يقدر فى عين أو منفعة يقتضى تمكين من ينسب إليه من انتفاعه وأخذ العوض عنه من حيث هو كذلك، فإنه صريح فى أن الملك محله المال فقط، وأما غير المال مثلا فلا يملك وإنما يختص به

٧ - الملكية فى الحقوق :

إذا لاحظنا أن الحقوق أنواع :

فمنها ما يعد مالا، كالدين وحقوق الارتفاق عند كثير من الفقهاء. ومنها ما لا يعد مالا باتفاق، كحق الحضانة وحق النسب وحق الضم وحق رؤية الصغير، ورأينا أن من الحقوق ما يكون محلا للملك، ومنها ما لا يكون محلا للملك، وإن منها ما يجوز الاعتياض عنه بالمال، ومنها ما لا يجوز الاعتياض عنه بالمال، فإن ذلك يقتضينا بيان هذه الحقوق وقبولها الملك واختلافها بالنظر إلى محلها، وهى بالنظر إلى ذلك أنواع :

(أ) منها حقوق تتعلق بالأموال أى أن محلها المال.

(ب) ومنها حقوق تتعلق بالذمم وليس لها وجود إلا بناء على اعتبار شرعى.

(جـ) ومنها حقوق تتعلق بنفس الإنسان، أى أن محلها الإنسان نفسه لا ذمته.

(د) ومنها حقوق تثبت للإنسان فيختص بها دون أن يكون لها محل تتعلق به.

فأما ما يتعلق بالمال منها، فمنه :

١ ـ ما يتناول ملك المنافع، كالسكنى والركوب وحقوق الارتفاق ونحو ذلك من منافع الأعيان المعينة.

٢ ـ ومنه ما يتناول الإباحات، كحق المرور فى الطرق العامة ونحوه.

٣ ـ ومنه ما يتعلق بمشيئة الإنسان وإرادته كحق الادعاء، وحق الرجوع فى الهبة أو فى الوصية ونحوه مما له اتصال بالمال أو بالملك.

والنوع الأول : وهو ما يتناول ملك المنافع يعد مالا عند من يرى أن المنافع من الأموال، وتتناوله ملكية المنفعة؛ لثبوت الاختصاص والانتفاع فيه بناء على تعريف المقدسى للملك.

والنوع الثانى . وهو الإباحات لا يعد من الأموال اتفاقا ولا تتناوله الملكية على تعريف الكمال بن الهمام؛ لعدم ثبوت القدرة على التصرف فيه وإن رؤى أنه يعد مملوكا بناء على تعريف القدسى إذا ما كان له اختصاص بصاحبه

والنوع الثالث وهو ما يتعلق بمشيئة الإنسان وإرادته لا يعد من الملك بناء على تعريف الكمال؛ لانعدام عنصرى القدرة على التصرف والاستغلال فيه، وذلك ما يراه الحنفية.

ويعده مالا من يجيز التصرف فيه نظير عوض من المال وهو رأى بعض المالكية وبعض الفقهاء الذين اختلفت أقوالهم باختلاف هذه الحقوق.

وأما ما يتعلق بالذمم، كحق الدين والحق فى النفقة والحق فى العمل المستحق على الأجير بعقد الإجارة فقد يرى فيه ما يعد مالا أو فى حكم المال، كالدين، وهذا مال حكما عند الحنفية، ومال عند غيرهم وتثبت فيه الملكية ولكنها ليست ملكية تامة؛ لأنها لا تكون إلا فى الأعيان ولا ملكية ناقصة بالمعنى السابق؛ لأنها إنما تكون فى منافع الأعيان.

أما الحق فى العمل المستحق على الأجير فتتناوله الملكية الناقصة؛ لأنه منفعة من منافع الأعيان فى حقيقة الأمر.

وأما الحق فى النفقة الواجبة على آخر فهو حكم شرعى ثبت أثرا لتكليف شرعى لمن تجب عليه النفقة فلم يكن مالا ولا تتناوله الملكية؛ لانعدام عنصرى التصرف والاستغلال على رأى الكمال بن الهمام، وإن صح أن يعد مملوكا بناء على تعريف القدسى لثبوت عنصر الاختصاص الحاجز فيه.

وأما ما يتعلق بنفس الإنسان، كحق الولاية على النفس وحق الحضانة وحق الانتساب وحق القصاص فهو أيضا حقوق لا تتناولها الملكية إلا على تعريفها بأنها اختصاص حاجز، ولا تعد من الأموال عند الفقهاء، ولذا لا يجوز الاعتياض عنها بالمال ما خلا حق القصاص فقد أجيز الاعتياض عنه بالمال، وكان له كذلك حكم المال فى انتقاله بالوراثة إلى الورثة عند الحنفية والشافعية والحنابلة وإن لم يعدوه مالا، ولذا لم يجز تمليكه لأجنبى سواء أكان بعوض أو بالمجان، وإنما جاز الاعتياض عنه بالمال مع أنه ليس بمال؛ لأنه يقوم بالعقد، كما فى المنافع فهى عند

الحنفية ليست بمال ولكنها تقوم بالعقد، ولذا جازت المعاوضة عنها بالمال فى الإجارة[1].

ويرى المالكية أن حق القصاص لا يثبت لكل وارث وإنما يثبت للعصبة من الذكور، وفى ثبوته للإناث عن مالك روايتان : إحداهما أنه لا مدخل لهن فيه، والثانية أنهن كالرجال إن ورثن المقتول ولم يساوهن عاصب فى الدرجة، فإن كان فى درجتهن رجال فلا مدخل لهن فيه. وهذا هو المشهور[2].

وأما الحقوق التى تثبت للإنسان دون أن يكون لها محل، كحق الزوج فى التمتع بزوجه وحقه فى طاعة زوجته إياه وحقوقه التى تثبت له بناء على أهليته وهى ما يسمى عند فقهاء القانون بالمكنات، كحق التملك وحق التعاقد وحق الالتزام وغير ذلك من المكنات فهى حقوق لا تعد من الأموال، غير أن منها ما أجيز أن يقابل بالمال، كحق التمتع بالزوجة فقد أجاز الشارع مقابلته بالمال إذ جعله مستوجبًا لمهر فى ذمة الزوج عند عقد الزواج، وأجاز مقابلته بالمال عند إسقاطه بطريق المخالعة، وعلى الرغم من ذلك لا يعد عندهم مالا وإن عبروا فى جانبه بأنه مملوك.

وجملة القول أن معنى الملكية أو تعريفها فى الفقه الإسلامى تعوزه الدقة فى التحديد، وكان من نتيجة ذلك عدم تحديد ما يعد من قبيل الملك وما يعد من قبيل الاختصاص لا الملك، أو عدم التفرقة بين الملك والاختصاص، فى حين أن حق الملكية فى الفقه الوضعى محدود على ما أوضحنا فيه، فلم تختلف فيه الآراء، كما أن جواز الاعتياض عن بعض الحقوق وعدم جوازه لايرجع فى الفقه الإسلامى إلى ضابط عام واضح الحدود، وإنما يختلف الحكم فى ذلك باختلاف الحقوق واختلاف الأعراف، حتى كان لكل حق حكم لا يستند فيه إلى أصل عام، فاختلفت لذلك فيه الآراء.

---

(١) راجع ابن عابدين ، جـ ٥، ص ٣٨٩، ص ٣٩٠، ص ٣٩٤ ونهاية المحتاج ، جـ ٥، ومطالب أولى النهى، جـ ٦، من باب القود.

(٢) العقد المنظم للحكام، جـ ٢، ص ٢٦٤، والشرح الكبير، جـ ٤، ص ٢٥٦ وما بعدها.

٨ - قسمته بالنظر إلى خصائصه :

وينقسم بالنظر إلى خصائصه إلى ملك خاص، وملك عام، وإن شئت قلت: إلى ملكية خاصة وملكية عامة. ويراد بالملكية الخاصة ما كانت لصاحب خاص، واحدا كان أم متعددا، له الاستئثار بمنافعها والتصرف فى محلها[1]. ويراد بالملكية العامة: ما كانت لمجموع أفراد الأمة، أو ما كانت لجماعة من الجماعات التى تتكون منها الأمة بوصف أنها جماعة. وذلك كالأنهار والطرق وأفنية المدن والحصون.

وذلك أن ما ينتفع به من الأشياء قد وجد فى بداية أمره مباحا لا ملك لأحد فيه، ثم كان منه ما أمكن حيازته أو الاستيلاء عليه بقصد الاستئثار به فصار مملوكا لمن استولى عليه من الأفراد، وبذلك نشأت فيه الملكية الخاصة بالاستيلاء، وهى أساس جميع الملكيات الخاصة التى تستند إلى أسبابها من العقود والتولد والوراثة والوصية وغيرها، وما هو بحسب وضعه محل ومصدر لانتفاع كل من دعته حاجته إلى الانتفاع به دون أن تدعوه داعية إلى الاستئثار به. إما لكثرته ووفرته، كالكلأ فى الأرض، وإما لتعاظمه، كالأنهار والطرق العامة، وإما لكثرة من يقصده ويرتفق به، كمطارح البلاد وأفنيتها وما إلى ذلك من مرافقها. وكان منه كذلك ما بقى على حاله غير منتفع به ولا مستولى عليه من أحد، فظل مباحا غير مملوك لأحد، وذلك كالأسماك فى البحار والمعادن فى الأرض غير المملوكة، والطيور فى الجو والصيد فى الصحراء.

والأول من هذه الأنواع تتمثل فيه الملكية الخاصة، والنوع الثانى تتمثل فيه الملكية العامة، والنوع الثالث لا ملكية فيه لأحد، بل يعد من المباحات التى تملك بالاستيلاء عليها.

وعلى أساس ذلك تميزت الأشياء المملوكة من الأشياء المباحة التى تملك بالإستيلاء والحيازة، وهى الأشياء التى ظلت على طبيعتها فلم يستول عليها أحد ولم تتعلق بها حقوق لأحد، كما تنوعت الملكية إلى خاصة ، وهى ما كانت لفرد

---

(١) الطبرى . جـ ٣، ص ٢٢٥، والأموال لأبى عبيد، ص ٢١٣، ٢٢٣، ٢٦٨ وما بعدها.

أو أكثر، على أن يكون انتفاع كل فرد فى حال الكثرة انتفاعاً محدودًا بماله فيها من حظ معلوم إذا تجاوزه عُد معتديا على حق غيره من الشركاء، وإلى عامة وهى ما كان الانتفاع بآثارها لجميع أفراد الأمة أو لجماعة من الجماعات التى تتكون منها، على أن يكون انتفاع الفرد منهم بها قائما على أنه فرد من تلك الجماعة، دون أن يكون له اختصاص وحظ محدود لا يتجاوزه إلا إذا انتهى انتفاعه إلى وضع يحول دون انتفاع طلبه غيره من الأفراد، فعند ذلك يرد إلى مشاركة غيره فى الانتفاع على قدم المساواة والعدل، بحيث لا يكون انتفاع أحدهما مانعا من انتفاع الآخر.

وقد أقرت الشريعة الإسلامية هذا الوضع، وذلك ما لا محل للشك فيه، فإقرارها للملكية معلوم بالضرورة، وإقرارها للملكية العامة ماثل فى المساجد وماثل فى الأعيان الموقوفة على جهات الخير العام، وظاهر فيما فعله رسول الله (ﷺ) من قسمته غنائم خيبر نصفين، جعل أحدهما للنوائب والوفود تفد على المسلمين، وظاهر فيما حماه رسول الله (ﷺ) من الأرض لخيل المسلمين التى يحملون عليها حين يغزون فى سبل الله، فقد حمى النقيع لهذا الغرض، فكان للمسلمين عامة، وظاهر فى قول عمر رضى الله عنه إذ كان يقول: «ما من أحد من المسلمين إلا وله فى هذا المال حق أعطيه أو منعه، ومن أراد أن يسأل عنه فليأتنى، فإن الله تبارك وتعالى جعلنى له خازنا وقاسماً» [1]، وظاهر فى أرض السواد وأرض مصر إذ جعل عمر ذلك وقفا على المسلمين ما تناسلوا ولم يخمسه ولم يقسمه بين الفاتحين، وذلك ما أشار به عليه على رضى الله عنه، ومعاذ بن جبل، فقد قال له معاذ: «إنك إن قسمت الأرض ليكونن ما نكره إنك إن قسمتها صار الريع العظيم فى أيدى القوم، ثم يبيدون فيصير ذلك إلى الرجل الواحد أو المرأة، ثم يأتى من بعدهم قوم يسدون من الإسلام مسدا وهم لا يجدون شيئا، فانظر أمرا يسع أولهم وآخرهم».

ومما يلاحظ أن الملكية فى هذا النوع وإن تميزت من الملكية الخاصة التى لشركاء بما لها من أحكام خاصة بها لا تشترك فيها مع الملكية الخاصة إلا أنها تماثل هذه الملكية من ناحية أنها ملكية لأفراد، كان من حق كل فرد منهم أن يحاسب

---

(١) الطبرى، جـ ٣، ص ٣٢٥، والأموال لأبى عبيد، ص ٢١٣، ٢٢٣، ٢٦٨ وما بعدها.

وأن يراقب وأن يرعى، وذلك ما يدل عليه قول عمر رضى الله عنه : «لا يترخص أحدكم فى البرذعة أو الحبل أو القنب، فإن ذلك للمسلمين ليس أحد منهم إلا وله فيه نصيب، فإن كان لإنسان واحد رآه عظيما، وإن كان لجماعة المسملين ارتخص فيه [1]»-فإن هدا تحذير لعامة الناس من أن تكون رعايتهم لهذا المال قائمة على أنه مال الجماعة، أو مال الله، دون ملاحظة حق كل فرد فيه، وهذا ما يجلى معنى الملكية العامة فى نظر الإسلام وأنها للأفراد مشتركين، لالهيئة بوصف أنها هيئة لها شخصية اعتبارية ولها ملك هذا المال وحقوقه.

ولم تجعل الشريعة الإسلامية لكل من هذين النوعين نطاقا خاصا، بل كل مال فى نظرها صالح لأن يكون ملكا لفرد أو ملكا للأمة إلا ما تحول طبيعته ووضعه دون أن يكون ملكا خاصا، أو تحول دون ذلك المصلحة العامة، وقد فصل القول فى ذلك الشافعى رضى الله عنه فى كتابه الأم، إذ قال : «ما لا يملكه أحد من المسلمين صنفان : أحدهما يجوز أن يملكه من يحييه وذلك مثل الأرض تتخذ للزرع والغراس والآبار والعيون ومرافق هذا الذى لا يكمل صلاحه إلا به، وهذا إنماتجلب منفعته بشىء من غيره ولا كبير منفعة فيه نفسه، وهذا إذا أحياه رجل أو امرأة بأمر وال أو بغير أمره، ملكه ولم يملكه أحد غيره إلا أن يحرجه من أحياه من يده»، والصنف الثانى، ما تطلب المنفعة منه نفسه ليخلص إليها دون شىء يجعل فيه من غيره، وذلك كالمعادن الظاهرة والباطنة كلها من الذهب والتبر والكحل والكبريت والملح وغير ذلك. وأصل المعادن صنفان: ما كان ظاهرا، كالملح الذين يكون فى الجبال ينتابه الناس، فهذا لا يصلح لأحد أن يقطعه أحدأ بحال، والناس فيه شرع، وكذلك النهر والماء الظاهر، فالمسلمون فى هذا كلهم شركاء، وهذا كالنبات فيما لا يملكه أحد، وكالماء فيما لا يملكه أحد، ودليل ذلك ما روى أن الأبيض ابن حمال سأل رسول الله (ﷺ) أن يقطعه ملح مأرب فأراد أن يقطعه أو قال أقطعه إياه فقيل له : إنه كالماء العد، فقال رسول الله (ﷺ) : فلا إذن. فيمنع إقطاع مثل هذا؛ لأنه حمى، وقد قضى رسول الله (ﷺ) أنه لا حمى إلا لله ورسوله، وإنما كان هذا حمى؛ لأن المقطع إياه لا

(١) الأموال، ص ٢٦٨

يحدث فيه شيئا تكون المنفعة فيه من عمله ولا يطلب فيه شيئا لا يدركه إلا بالمؤونة عليه، إنما يستدرك فيه شيئا ظاهراً ظهور الماء والكلأ فإذا تحجر ما خلق الله من هذا فقد حمى لخاصة نفسه وليس ذلك له ولكنه شريك فيه، كشركته فى الماء والكلأ الذى ليس فى ملك أحد.

وليس معنى هذا أن هذا النوع لا يملك ما يستولى عليه الشخص منه بل المعنى أنه لا يجوز إقطاعه جملة، ليمنع غيره من الانتفاع، وإنما إذا أخذ منه شخص شيئا فاستولى عليه ملكه بالاستيلاء، كمقدار من الماء يحاز أو من المعدن أو من الكلأ، وخلاصة هذا أن الشافعى رضى الله عنه يرى أن ما يجوز إقطاعه من المباح هو ما يستغنى عنه ولا يضر تملكه ويكون الانتفاع به بما يحدثه فيه المالك من بناء أو غراس أو زرع أو ماء يحتفره، ولم يكن لآدمى أن يصل إليه إلا باحتفاره. أما ما كان فيه المنفعة بلا عمل ولا نفقة فهو للناس جميعًا، كالماء والكلأ والنار وملح الجبال والمعدن الظاهر على وجه الأرض، وهكذا، فمثل هذا لا يجوز إقطاعه وإن جاز تملك شىء منه بالاستيلاء.

ومن العلماء من لا يرى هذا العموم ويرى تقييده بما لا تدعو المصلحة إلى جعله ملكاً عاما، وبنى على ذلك أن جميع المعادن فى الأرض تعد ملكا عاما وإن توقف ظهورها والوصول إليها إلى حفر وعمل ونفقة. ومن هؤلاء بعض المالكية.

هذه نظرة الشريعة فى قسمة الملكية إلى خاصة وعامة، أما فى الشريعة الوضعية فلم تكن الملكية العامة معروفة بمعناها الدقيق فى العهد القديم عند الرومان، إذ كانوا يقسمون الأشياء قسمين: أشياء مملوكة أو فى الإمكان أن تملكها الأفراد، وأشياء لا يجوز تملكها إذ يجب تركها للانتفاع العام، ولم يتجه الفكر يومئذ إلى إقرار حق ولاية للسلطة العامة على هذه الأشياء. وقد ظل الحال على ذلك إلى القرن التاسع عشر حيث ابتدأ البحث فى هذه الفكرة، فكرة الملكية العامة، وذلك بسبب انتشار المبادئ الفقهية والبحث فيها، ومنذ ذلك الحين تبلورت فكرة الملكية العامة وتحددت، ولم ينقطع بذلك الجدل والبحث فى موضوعها، بل لايزال الفقهاء باحثين فى مختلف وجوهها متتبعين لفروعها، محللين لطبيعتها، فكان منهم من يرى أنها لا تمثل حق ملكية بالمعنى الصحيح، وأن السلطة الإدارية لا تتمتع بحق من هذا النوع على الأشياء التى هى محل للانتفاع العام. إذ هى

بالنظر إلى طبيعتها لا تقبل أن تكون محلا لحق ملكية من أى نوع، ودليل ذلك أنه لا يعترف للسلطة الإدارية بأى حق عينى عليها، ولم تترك لاستعمال الناس جميعا إلا لكونها ليست محلا لأى حق معين عليها، ولذا فإنها توصف بأنها الأشياء التى لا مالك لها، أو بأنها الأشياء المباحة، وأن الانتفاع بها من قبيل الإباحة، والإباحة تتعارض مع فكرة الحق بمعناه المعروف، غير أن أصحاب هذا الرأى لا ينكرون ما للسلطة الإدارية من ولايات عليها تتعلق بتنظيمها ووضع الشرائع واللوائح للانتفاع بها، مما قد يسمى حق حفظ ورعاية، أو حق سيادة، ولم يسد هذا الرأى فى المجال الفقهى بسبب أن هذه الأشياء تقبل الملكية الخاصة إذا ما أخرجت من نطاق الانتفاع العام، للاستغناء عنها، وإذن فليس ما يمنع من أن تعد مملوكة حال انتفاع الناس جميعا بها، غير أنها ملكية لها خصائص متميزة عن خصائص الملكية الخاصة استوجبها ذلك الانتفاع، وليست راجعة إلى طبيعتها. ولذلك فقد استقر رأى أكثر الفقهاء على أن الملكية فيها ملكية حقيقية إلا أنها من نوع خاص يتميز من الملكية الفردية، فهى ملكية قائمة بذاتها تنفرد بخصائص معينة ولها مقومات، هى عبارة عن الحقوق المقررة للسلطة الإدارية على الأملاك العامة، وليس ما يمنع حينئذ عن أن تتميز كذلك باسم خاص يطلق عليه كاسم الملكية العامة.

وجملة القول أن جميع التشريعات فى البلاد العربية تعترف بالملكية العامة، وتقرها وتعنى ببيان مقوماتها وما يتعلق بها من حقوق. وينقسم المملوك ملكا عاما قسمين : الأملاك العامة التابعة للدولة، والأملاك العامة التابعة للبلديات أو المدن وما ماثلها. والأولى هى المخصصة لمنفعة عامة شاملة لجميع أفراد الدولة. والثانية هى ماكانت مخصصة لمنفعة فئة أو جماعة من الجماعات أو الفئات التى تتكون منها الدولة، وليس يترتب على هذا التقسيم أى أثر بالنظر إلى الأحكام القانونية الأساسية، ولايختلف الأمر فى هذين القسمين إلا بالنظر إلى توزيع الاختصاص والأشخاص الذين لهم حق الانتفاع ومن له الولاية والرعاية عليها.

وكما تنقسم الملكية العامة هذين القسمين ، تنقسم كذلك بالنظر إلى أحكامها وما خصصت له قسمين آخرين :

أحدهما : أملاك عامة للدولة، وهو ما كان مخصصا لمنفعة من المنافع العامة، كالطرق والجسور والقناطر، والأنهار والقلاع والحصون وسدود المياه

والمساجد والبيع والسكك الحديدية، وما إلى ذلك مما أعد لذلك بسبب طبيعته أو بناء على قرار تصدره الدولة بذلك.

ويمتاز هذا النوع من الأموال بأنه لا يجوز أن يكون محلا للملكية الفردية ولا للتصرف فيه بيعاً ورهناً، ولا بغير ذلك من التصرفات التى يحظرها القانون فيه، ما دامت مخصصة لما أعدت له من المنافع العامة، فلا يكتسب عليها حقوق بمرور الزمن، ولا يحجز عليها، فإذا ما أخرجتها الدولة من هذا النطاق بقرار تصدره بذلك زايلتها تلك الخصائص، فجاز للأفراد تملكها بسبب من أسباب نقل الملكية.

ثانيهما : أموال الدولة الخاصة أو أملاكها الخاصة، وتسمى بالأملاك الحرة، وهى الأموال التى تملكها الدولة بصفتها شخصا معنويا وتستعملها استعمال الأفراد لملكهم الخاص؛ ولكن لأغراض مصلحية عامة، كالأراضى الأميرية التى تقوم الدولة على زراعتها واستغلالها دون أن تخصص لمنفعة عامة، وكذلك الأموال التى تئول إلى الدولة من تركة لا وارث لها، أو عن أشخاص مجهولين لا تعرف لهم ذاتية، أو غائبين ليس لهم وارث، وكذلك الغابات والمعادن وما تناله الدولة من الكنوز التى يعثر عليها حسب القوانين الموضوعة لذلك، وما تكشف عنه المياه من الجزر، وما تصادره الدولة من الأموال، وما تنشئه الدولة لموظفيها أو لرعاياها من المساكن ونحو ذلك، فللدولة فى هذا النوع أن تتصرف فيه تصرف الأفراد فى أموالهم الخاصة، وتسرى عليها فى كثير من أحوالها أحكام القانون المدنى، وعلى الجملة فإن أحكام هذا النوع من الأموال تختلف بحسب اختلاف قوانين البلاد التى توجد فيها هذه الأموال.

ذلك ما انتهى إليه التشريع الوضعى نتيجة لما تتطلبه نظم الحكم السائدة فى البلاد العربية وأعرافها وعاداتها، ولم يكن ذلك معروفًا على هذا الوضع والتفصيل فى بداية الإسلام عند تشريع الأحكام واستنباطها، ولم يكن لبيت المال يومئذ إلا موارده المعروفة وهى الزكاة والخراج والجزية وصدقات الزروع والعشور وما يستحقه من الغنائم والفيء والمعادن، وكذلك التركات التى لا وارث لها، ويضاف إلى ذلك الضرائب التى يرى الإمام فرضها للحاجة، وكان كل ما يجبى من هذه

الموارد يعد ملكا لبيت المال أو لجماعة المسلمين، وكانت الملكية فيه ملكية عامة، كما أنها كذلك فى الطرق والمساجد وجميع ما أعد من المرافق للمصالح العامة، ويلاحظ أن تنوعها على الوضع السابق بيانه إلى ملكية أموال عامة وملكية أموال حرة أو خاصة تنوع واقعى نظر فيه إلى ما أعدت له وقصد منها، فما أعد لمصلحة عامة دائمة له وضعه الخاص وأحكامه التى اقتضاها هذا الوضع، وهى التى تعرفها الشريعة لكل ما أعد لمصالح المسلمين العامة، كالمساجد والوقوف الخيرية، فلا يصلح شيء من ذلك أن يكون محلا للملكية فردية خاصة مطلقة، ومن ثم امتنع بيعه وهبته ورهنه وإجارته وإقطاعه ما دام معدا لذلك، وذلك ما استوجبه الغرض منه، وما ليس كذلك من الأموال المملوكة لجماعة المسلمين له حكمه فكان فيه أرزاق الموظفين والعاملين والجنود، وشق الترع والطرق والقيام على إصلاحها وبناء المصالح، وما إلى ذلك مما يستوجب إنفاقا وبيعا وإقطاعا وإرصادا وإجارة واستغلالا، وذلك شأن ما يجبى من الموارد السابقة الذكر. وهذا ما لايختلف فى الواقع عما بيناه فى التشريعات الوضعية إلا بالنظر إلى التفصيل والتنظيم والترتيب.

٩ - قسمة الملك بالنظر إلى صورته :

وينقسم كذلك بالنظر إلى صورته قسمين :

(أ) ملكية متميزة (ب) ملكية شائعة

فالملكية المتميزة هى ما كان موضوعها أو محلها معينا، فشملت جميع أجزائه واختص بها مالك واحد، وذلك كملكية شخص لدار بأكملها أو لطبقة معينة من طبقات دار ذات طبقات أو لقطعة أرض محددة.

والشائعة ما تعلقت بجزء نسبى غير معين من شيء نتيجة اشتراك فيه دون إفراز، فكان كل جزء منه مملوكا لأكثر من شخص بنسب معينة، كسدس ونصف وثلث، سواء أكان ذلك الجزء صغيرًا أم كبيرًا، كملكية شخص لنصف دار أو لربعها أو لعشرها وباقيها لغيره. وهذا ما يسميه الفقهاء بالحصة الشائعة فى الشيء المملوك المشترك مهما تضاءلت، فكان كل جزء منه مهما صغر غير مختص بأحد من الشركاء، بل تتعلق به ملكياتهم جميعا، وسنعرض لأحكامها فيما يأتى :

وقسمة الملك هذه القسمة قسمة واقعية مستمدة من وضعها وواقعها فى الخارج، ولذا لم تكن هذه القسمة محلا لاختلاف النظر فيها، وكانت محل اتفاق بين الفقهين.

١٠ - خصائص الملك أو الملكية :

للملكية خصائص وأحكام مختلفة، على حسب اختلاف أنواعها، فيكون لبعضها ما ليس لبعضها الآخر، وذلك بحسب ما تقتضيه طبيعة كل نوع، وما يدعو إليه النظر الشرعى والمصلحة الاجتماعية.

وفيما يلى بيان هذه الخصائص والأحكام :

خصائص الملكية الخاصة :

الأولى، أن الأصل فى الملكية أو فى حق الملكية أن يكون حقا مطلقا جامعا لكل فائدة يستطاع استيفاؤها من الشىء المملوك، وأن يكون مقصورا على صاحبه، وهذا الأصل محل اتفاق بين الفقهين، ويظهر بوضوح فى الملكية التامة فى الشريعة الإسلامية، وفى حق الملكية فى الفقه الوضعى.

أما بالنسبة إلى الملكية الناقصة فى الشريعة الإسلامية، فإن هذه الخاصية تتحدد تبعاً لوضعها، وذلك بحسب ما إذا كانت ملكية عين فقط أو ملكية منفعة فقط، وبحسب ما إذا كانت شاملة لجميع منافع العين المتعلقة بها أو مقصورة على بعضها، فملكية حق السكنى مثلا تكون جامعة لكل صاحبه وهكذا، ويتناول من فائدة مستطاعة، ويكون مع ذلك مقصورا على ما تشمله السكنى، ويقتضى هذا الأصل الأحكام الآتية :

الأول - شمول حق الملكية أو الملكية على اختلاف أنواعها جميع المزايا التى يمكن الحصول عليها من الشىء المملوك فى حدود مقتضاها، فلصاحب هذا الحق أن يستعمل الشىء المملوك، وأن يستغله، وأن يتصرف فيه على الوضع الذى يريده، ولمالك منافع أرض معينة أن ينتفع بما يستطيعه من منافعها زراعة أو غرسا أو باتخاذها محتطبا أو حظيرة أو مخزنا أو مصنعا أو نحو ذلك، فى حدود ما يملك من منافعها، ولمالك حق السكنى أن يسكن بنفسه، وأن يسكن معه غيره من أهله على الصورة التى يبتغيها، وهكذا.

الثاني ـ أنه حق مطلق في هذه الحدود، وذلك هو الأصل فيه، غير أن ذلك لم يسلم له في الشريعة الإسلامية، فهو فيها مقيد بعدم الإضرار بغير المالك، فشأنه شأن جميع الحقوق فيها من جهة أنها جميعها مقيدة بذلك، فإن الشريعة الإسلامية لم تشرع حقا مطلقا غير مقيد بذلك، بدليل قوله (ﷺ): «لاضرر ولاضرار»، على أنه يجب أن يراعى دائما ألا يكون ذلك مؤديا إلى ضياع حق المالك، بل يجب أن يوازن بين الضرر الذى يلحقه بسبب مراعاة عدم الإضرار بغيره، والضرر الذى يمس غيره إذا ما انتفع على الوضع الذى يريد فيتجنب أشدهما، وكذلك لم يغفل الفقه الوضعى هذا النظر، فكان فى كل من الفقهين قيود تقيد هذا الأصل، ومن هذه القيود ما اتفق فيه الفقهان، ومنهما ما يختلفان فيه، ومن النوع الأول ما ذهب إليه الفقهان من أن مالك العقار فى سبيل انتفاعه به ممنوع من أن يضر بجاره ضررا بينا فاحشا، لقوله (ﷺ): «لاضرر ولا ضرار» وعلى هذا الأساس وجدت نظرية التعسف فى استعمال الحق.

وسنزيد هذا الموضع بيانا عند الكلام على قيود الملكية.

الثالث ـ أنه مقصور على صاحبه، بمعنى أن لصاحبه أن يستأثر بجميع مزاياه ويمنع غيره أن يشاركه فى ذلك وهذا فى حدود مقتضاه، باعتباره حق ملكية بالنسبة إلى الفقه الوضعى، أو ملكا تاما أو ناقصًا بالنسبة إلى الفقه الإسلامى، وهذا هو الأصل فيه. ولكن الشريعة الإسلامية قد قيدته بما شرعته من حق المشاركة فى بعض المنافع لغير صاحبه إذا ما اشتدت حاجته إلى ذلك، ولم يلحق صاحبه ضرر من هذه المشاركة، ومن هذا النوع عدة مسائل :

١ ـ أجاز أحمد والشافعى فى مذهبه القديم للجار أن يضع خشب داره على جدار جار له إذا دعت حاجته إلى ذلك، ولم يترتب على ذلك ضرر بجدار جاره، وذلك لما رواه أبو هريرة رضى الله عنه عن رسول الله (ﷺ) أنه قال: «لايمنع أحدكم جاره أن يضع خشبة على جداره». متفق عليه. وخالف فى ذلك أبو حنيفة ومالك.

٢ ـ جواز مرور الجار فى أرض جاره إذا لم يكن له ممر ولم يضر ذلك به. وذلك بناء على ما رواه زياد بن عبد الرحمن من القضاء بالممر فى أرض الرجل

لجاره إذا لم يكن يضر بصاحب الأرض، ولم يكن للجار ممر[1]. ولما رواه مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه، أن الضحاك بن خليفة أراد أن يمر بمروى إلى أرضه فى أرض لمحمد بن مسلمة، فأبى عليه محمد بن مسلمة أن يمر به فى أرضه، فقال له الضحاك : لم تمنعنى ولك فيه منفعة تشرب منه أولا وآخرا، ولا يضرك، فاستمر فى إبائه، فشكاه إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر محمدًا أن يخلى سبيله فرفض. فقال عمر : «والله ليمرن ولو على بطنك، وأمر بإمراره، فأمره الضحاك جبراً [2]»، وقد أقر القانون الألمانى هذا المبدأ جملة، إذ جاء فيه : إنه يحظر على المالك أن يمنع غيره من التدخل فى انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضرورياً، لتوقى خطر داهم أشد كثيراً من الضرر الذى يصيبه من تدخله، وليس له إلا أن يعوض عما أصابه من الضرر.

وفى القانون المدنى حالات كثيرة أجيز فيها لغير المالك أن يستعمل ملك غيره عند الحاجة وعدم الضرر، فيجوز لمن يجاور المروى أو المصرف المملوكين لغيره أن يستعملهما فى رى أرضه وصرف مائها بعد أن يكون مالكها قد استوفى منها حاجته (م ٨٠٨) مدنى، ولمالك الأرض المحبوسة عن الطريق العام أو التى لا يصلها به ممر كاف أن يكون له حق المرور فى الأرض المجاورة بالقدر اللازم، لاستغلال أرضه واستعمالها على الوجه المألوف.

وسنزيد هذا الموضع تفصيلا عند الكلام عن قيود الملكية.

وقد كانت المادة (٨٠٨) من مشروع القانون المدنى المصرى تقرر مبدأ عاماً يقيد حق المالك فى الاستئثار بملكه إذ جاء فيها : «ليس للمالك أن يمنع غيره من التدخل فى انتفاعه بملكه متى كان هذا التدخل ضروريا، لتوقى خطر داهم أشد كثيرا من الضرر الذى يصيبه من التدخل، وإنما له أن يحصل على تعويض عما أصابه من الضرر، ولكن لجنة مجلس الشيوخ حين عرض عليها هذا المشروع رأت حذف هذه المادة إثر اقتراح تقدم به أحد أعضاء المجلس، بناء على ما قد يشعر به نصها من عدم تقديس حرمة الملكية وما قد يخلقه هذا النص من مشاكل قد لانجد

---

(١) المنتقى على الموطا، جـ ٦، ص ١٤.

(٢) المرجع السابق، ص ١٥.

لها ضابطا محددا، وقد كان قرارها بحذفه مبنيا على أن النتيجة العملية منه تتحقق فى الكثرة الغالبة من الأحوال دون حاجة إليه بناء على ما يحويه القانون من قيود فى الملكية مضافا إليها نظرية التعسف فى استعمال الحق، وذلك ما يغنى عنه، وعلى أية حال فذلك مبدأ جرت عليه جميع قوانين البلاد العربية. على أنه مما يجب ملاحظته فى هذا المقام ما قررته الشريعة الإسلامية، وعلى غرارها جميع التشريعات الحديثة، وبخاصة فى البلاد العربية من أن حق الملكية إذا تعارض مع مصلحة عامة قدمت عليه المصلحة العامة، ومن ثم لا يقف حق الملكية فى تحقيق مصلحة عامة.

ثانيا ـ أنه حق دائم لا يقبل التوقيت، كما لا يقبل الإسقاط، وذلك ما يتناول ثلاث نقاط :

الأولى : دوامه، فحق الملكية فى الفقه الوضعى عندما يكون متعلقا بعقار حق دائم لا يزول ولا يقبل التوقيت ولا يسقط بالإسقاط، وإنما يقبل الانتقال إلى غير صاحبه بسبب من أسباب نقل الملكية التى منها مضى مدة التقادم، وإذن فهو باق لصاحبه ما بقى العقار الذى تعلق به.

أما إذا كان متعلقا بمنقول، فلا تكون له هذه الصفة بإطلاق، إذ تقضى المادة (٨٧١) مدنى مصرى بأن المنقول يصبح غير مملوك لأحد إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكه، وذلك بخلاف العقار، إذ بالتخلى عنه يصبح ملكا للدولة، م. (٨٧٤)[1] مدنى مصرى.

وليس هذا الحكم للحقوق العينية الأخرى، إذ ليس منها حق دائم. فحق الارتفاق يجوز الاتفاق على توقيته، وعندئذ ينتهى بانتهاء وقته، م (١٠٢٦) مدنى، كما ينتهى أيضا إذا تنازل عنه مالك العقار المرتفق حين لا يكون للارتفاق أية منفعة للعقار المرتفق، ولم يبق له إلا فائدة محدودة لا تتناسب ألبتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به، م (١٠٢٩) مدنى مصرى، وحق الانتفاع ينتهى بموت المنتفع أو بانتهاء أجله قبل ذلك إذا ما حدد له أجل، م (٩٩٣) مدنى مصرى، وحق الاستعمال وحق السكنى يسرى عليهما هذا الحكم م (٩٩٨) مدنى مصرى،

---

(١) حق الملكية ، للدكتور الصدة

وحق الحكر لا يجوز أن تزيد مدته عن ٦٠ عاما، م (٩٩٩) مدنى مصرى، ويعتبر هذا التأقيت من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على خلافه[١].

وعلى هذا جرت القوانين فى البلاد العربية مواد (٩٩٧)، (٩٩٨)، (٩٩٩) مدنى ليبى، (٩٥٤)، (٩٥٧) وما بعدها مدنى سورى، (١٢٥٣)، (١٢٥٧)، (١٢٥٨)، (١٢٥٩)، (١٢٦٠)، (١٢٦٥) مدنى عراقى.

أما فى الشريعة الإسلامية، فيرى الحنفية والشافعية فى أشهر أقوالهم أن ملك العين سواء أكان ملكا تاما أم ناقصا ملك دائم لا ينتهى، فلا تعود الأعيان المملوكة مباحة لا مالك لها، وفى قول آخر أنها تعود مباحة باطراحها والرغبة عنها، فتسقط ملكية صاحبها، ويتملكها من يستولى عليها بالاستيلاء، ويرى آخرون من الحنفية أن تركها واطراحها لا يسقط ملكيتها، وإنما يعد إذنا للغير فى الانتفاع بها دون أن يتملكها، وفى البزازية أن هذا القول هو المختار.

ويرى المالكية التفرقة بين ملكية تعلقت بالعين ثمرة للاستيلاء عليها، فكانت ملكية مبتدأة، وملكية تثبت لصاحبها بسبب آخر ناقل للملكية، فإذا كانت مبتدأة بأن ثبتت فى مباح نتيجة للاستيلاء عليه، فإنها تنتهى بعود المملوك إلى الحال التى كان عليها من الإباحة، سواء أكان ذلك نتيجة لفراره وانفلاته من صاحبه بأن كان حيوانا ففر وانفلت أم نتيجة لتركه واطراحه رغبة عنه. وأما إذا كانت نتيجة لسبب آخر، كشراء أو هبة أو إرث، فإنها تكون دائمة، فلا تنتهى بترك المملوك وطرحه رغبة عنه، بل تبقى لصاحبها، ويكون له حق استرداده ممن يستولى عليه، ويؤسسون ذلك على أن الملك فى الحال الأولى أضعف منه فى الحال الثانية، إذ أنه قد تقوى فى الحال الثانية بابتنائه على ملك سابق.

ومن المالكية من يرى أن الملك مطلقا ينتهى فى حالة إلقاء أى متاع مملوك فى البحر، خشية الغرق بسبب ما حملته السفينة من ثقل فوق طاقتها، فإذا أخذه شخص بعد ذلك من البحر تملكه.

---

(١) الحموى على الأشباه، جـ ٢، ص ١٠٥.

وذهبت الحنابلة إلى أن الملك ينتهى فى الدواب، إذا تركها مالكها فى صحراء أو فى مسبعة مما يعد تركه فيه مهلكة له، ولا يزول بترك ما عدا ذلك من المتاع، بل يستمر لصاحبه على أشهر الأقوال عندهم.

وجملة القول فى ذلك أن فى دوام ملك العين وعدم انتهائه اختلافا فى الآراء على الوجه الذى شرحناه، ومنه يتضح أن أكثر الفقهاء يرون دوام ملك العين وعدم انتهائه[1].

ومما ينبغى ملاحظته أن محل هذا الخلاف إذا لم يكن القصد من الترك والطرح تمليك المتروك للغير. أما إذا كان القصد منه تمليك الغير، كما فى نثر النقود فى الأفراح، فإن ذلك يكون من قبيل التمليك، ونقل الملك إلى الغير لا من قبيل إسقاط الملكية.

ذلك ما يتعلق بملك الأعيان، أما ملك المنافع، فهو عند الحنفية ملك مؤقت، كحكمه فى القانون المدنى المصرى، ولذا ينتهى بموت المنتفع مالك المنفعة، وبانتهاء المدة التى حددت للانتفاع، وبهلاك العين المنتفع بها، وبموت المملك، كما فى العارية عند الحنفية خلافا لمالك؛ إذ يرى أنها إذا كانت مؤقتة لم تنته إلا بانتهاء مدتها.

أما الشافعية والحنابلة فأثر العارية عندهم الإباحة لا الملك، فهى تبيح للمستعير أن ينتفع بالعين المعارة بطريق الإباحة، والإباحة تنتهى بوفاة كل من المبيح والمباح له.

وكذلك ينتهى ملك المنفعة فى الإجارة بموت المؤجر عند الحنفية، كما ينتهى فيها أيضا بتعذر الانتفاع بالعين المستأجرة. فإذا استأجر إنسان أرضا للزراعة مدة من الزمان فغلب عليها الرمل أو الماء فى أثناء المدة، بطلت الإجارة فى باقيها، وانتهى بذلك ملك المنفعة فى المدة الباقية.

---

(١) البدائع للكاسانى، والخانية لقاضيخان، والبزازية للبزار من كتاب إحياء الموات وكتاب الصيد، وراجع كشاف القناع، جـ ٤، ص ١٣٤، ومنتهى الإرادات، جـ ١، ص ٢٠٥، ونهاية المحتاج، ومنح الجليل، جـ١، ص ٥٨٥، والفروع ، جـ ٢، ص ٨٤٩، والفروق للقرافى ، جـ٤، الفرق ص ٢١٣، وتهذيب الفروق.

ويرى مالك والشافعى وأحمد أن ملك المنفعة يورث، وعلى ذلك لا ينتهى ملك الانتفاع عندهم فى الإجارة بوفاة المستأجر فى أثناء مدة الإجارة بل ينتقل إلى ورثته، وكذلك لا ينتهى بوفاة المؤجر، كما لا ينتهى فى الوصية بالمنفعة بوفاة الموصى له قبل انتهاء المدة المحددة للوصية.

وليس يختلف الحكم قانونا بالنسبة لحق الاستعمال والسكنى عن الحكم فى حق الانتفاع م (٩٩٨) مدنى مصرى، كما لا يختلف أيضا فى الفقه الإسلامى إذ إن ذلك ضرب من الانتفاع فى نظره، فلا يختص بحكم دونه.

أما حق الحكر أو القرار بناء على الحكر، فهو حق بقاؤه بقيام المستحكر بدفع الأجرة، مع بقاء البناء أو الغراس فى الأرض عند الحنفية، فإذا امتنع المستحكر عن دفع الأجرة أو زالت أصول البناء أو الغراس، انتهى الحق شرعا. أما فى القانون المصرى فقد قيدت مدته بألاتزيد على ستين سنة، م (٩٩٩) مدنى مصرى.

الثانية : أن لايسقط بالإسقاط، ولا بعدم الاستعمال، وهذا ما تقضى به القوانين فى حق الملكية خلافا للحقوق الأخرى المتفردة عن حق الملكية. فقد نص الشارع المصرى على سقوطها بعدم الاستعمال ، مواد (٩٩٥)، (٩٩٨)، (١٠١١)، (١٠٢٧) مدنى مصرى.

وبناء على ذلك لاتسقط دعوى استحقاق حق الملكية بمضى المدة، وإن كان ينتقل إلى واضع اليد بمضى المدة المكتسبة، فيكون ذلك من قبيل انتقاله من شخص إلى آخر لامن قبيل سقوطه.

وقد استثنى الشارع من قاعدة عدم سقوط الحق بعدم الاستعمال حالتين :

الأولى : ما نص عليها فى المادة ٨٧٤ مدنى مصرى، وهى حالة تملك أرض غير منزرعة، لا فى ملك أحد بسبب زراعتها، أو غرسها، أو بنائها إذ يفقد مالكها ملكيتها بعدم استعمالها مدة خمس سنوات متوالية خلال الخمسة عشر سنة التالية للتملك.

والحال الثانية : هى التى نص عليها فى م (١٤) من قانون الإصلاح الزراعى الصادر فى سنة ١٩٥٢، إذ توجب على من أعطى أرضا بذل العناية الواجبة فى زراعتها، فإذا قصر فى ذلك جاز إلغاء القرار الصادر بإعطائه هذه الأرض

واستردادها منه ما لم تمض خمس سنوات على إبرام العقد النهائى بتمليكه هذه الأرض، وذلك الاستثناء بناء على أن الحق ليس غاية فى ذاته وإنما أعطى لصاحبه على أن يكون وسيلة أمن وعمل، فمن لم يتخذه كذلك، بل اتخذه وسيلة تعطيل وإهمال كان جديرا بأن يفقده [1].

وهذا الحكم شبيه بحكم الشريعة فى حق التحجير، وهو ما يثبت نتيجة استيلاء شخص على أرض موات لإحيائها، إذ يثبت له بذلك أولوية على جميع الناس فى إحيائها، ويستمر له هذا الحق مدة ثلاث سنوات، فإذا مضت دون إحيائها سقط حقه، وذلك لقوله (ﷺ) : «ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين»، وبذلك قضى عمر رضى الله عنه، إذ إن مضى هذه المدة دون عمارتها دليل عجزه، فوجب لذلك أن ييسر طريق إحيائها لغيره.

هذا وقد بينا آنفا رأى الفقهاء فى ملك العين، وأنه ملك دائم عند أكثرهم لايقبل إسقاطاً، كما لا يسقط بمضى المدة. أما بالنسبة لملك المنفعة فحكمه أنه يقبل الإسقاط، فإذا أسقطه مالكه سقط اتفاقا إذا كان سببه عقد إعارة أو عقد وصية. أما إذا كان سببه عقد إجارة، فإنه فى هذه الحال يعد حقا ناشئا عن سبب لازم لايملك أحد طرفيه الاستبداد بفسخه، وعلى ذلك لا يملك المستأجر أن يسقط حقه فى العين المستأجرة ما دامت مدة الإجارة باقية، فإذا تم عقد الإجارة وسلمت العين إلى المستأجر ملك المنفعة ووجب عليه بدلها، وهو الأجر. أما إقدامه على الانتفاع بالعين فعلا، فذلك له، إن شاء أقدم، وإن شاء لم يقدم، وإذا ترك انتفاعه بالعين لم يسقط حقه بذلك الترك ما دامت مدة الإجارة باقية.

وأما إذا كان ملك المنفعة بسبب الوقف، فهو لا يسقط كذلك بالإسقاط، فالمستحق فى الوقف بشرط الواقف إذا أسقط حقه لم يسقط، وله أن يطالب به بعد ذلك[2].

ولعدم قبول ملك العين التوقيت، اتفق الفقهاء على عدم صحة الإبراء والتنازل عن الأعيان.

---

(١) الملكية ، للصدة، ص ٢١.

(٢) الأشباه والنظائر، وحاشية الحموى عليه، ص ١٦٠.

وليس يفوتنا فى هذا المقام أن نشير إلى ما ذهب إليه صاحبا أبى حنيفة ومن رأى رأيهم فى الوقف، إذ قد ذهبوا فيه إلى أنه من الواقف إسقاط لملكيته العين الموقوفة وحبسها عن تملك لأحد من العباد، فتكون ملكا لله سبحانه وتعالى، فإن قولهم هذا يتنافى مع ما ذكرناه من أن ملكية الأعيان لا تقبل الإسقاط فيما ذهب إليه الفقهاء، وهذا الرأى يخالف ما ذهب إليه غيرهم من الفقهاء من أن الوقف ليس إسقاطا للملكية، وأن العين بعد وقفها تظل على ملك واقفها، أو تنتقل ملكيتها إلى الموقوف عليهم حسب اختلاف الآراء، وإن كانت هذه الملكية تخالف الملكية التى كانت لواقفها، فملكية واقفها كانت مطلقة، أما هذه الملكية فهى ملكية مقيدة، وعلى ذلك فليس ما يثبت للموقوف عليهم من الملك على القول بذلك هو عين ما كان للواقف منه.

ولسنا نجد فيما ذهب إليه صاحبا أبى حنيفة إلا أنه استثناء من ذلك الأصل.

ومن البيان المتقدم فى توقيت ملك المنفعة، وصيرورة المنفعة بعد انتهاء مدتها ملكا لمالك العين، يتبين أن ملك العين الناقص مآله دائما إلى ملك تام يتناول العين ومنافعها، لأن ملك الأشياء ليس مقصودا لذاته، وإنما المقصود منه ملك المنافع، وإنما أقر الشارع ملك الأعيان ليكون سبيلا إلى ملك المنافع وسندا له، على أن بعض فقهاء المالكية قد ذهبوا إلى أن الملك لايقع على الأعيان وذوات الأشياء، إذ إن مظهره القدرة على التصرف، وليس فى قدرة الإنسان التصرف فى جواهر الأشياء وذواتها، إذ لا يستطيع إعدامها، وإنما يقع تصرفه دائما على منافعها بصورة تختلف سعة وضيقًا، وإطلاقًا وتقييدًا، وتوقيتا وتأبيدا، وبحسب ذلك اختلفت العقود بأسمائها وآثارها، وهذه كما يرى نظرة غير واقعية من حيث النتائج الخارجية.

ومن هذا الذى بيناه من توقيت ملك المنافع، كانت الوصية بالمنفعة وحدها لجهات دائمة لا تحتمل الانقطاع وصية مؤبدة، وبها تصير العين وقفا، كما فى الوصية بالمنفعة للفقراء والمساكين[1].

---

(١) المادة ٥٢ من القانون رقم ٧١ سنة ١٩٤٦.

الثالثة : عدم قبوله التوقيت، فحق الملكية فى نظر القانون لا يقبل التوقيت، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على توقيته، فالاتفاق على نقل ملكية شخص معين على أن تكون له مدة محددة تعود بعد انتهائها إلى المملك اتفاق باطل، ومرد هذا الحكم إلى اعتبارات اجتماعية مصلحية، روعى فيها ألا يتعرض حق المتصرف لخطر، وذلك لأن حق الملكية يخول صاحبه سلطة إعدام ما تملكه، فإذا أعدمه قبل نهاية المدة أضر ذلك بحق المتملك فبطل، ويرى الدكتور الصدة أن امتناع توقيت حق الملكية لا يرجع إلى طبيعة هذا الحق، بدليل وجود صور يتحقق فيها هذا التوقيت، حيث لا يتعرض حق شخص آخر للخطر، ومثل ذلك ملكية المستأجر أو المنتفع للمنشآت التى يقيمها على الأرض المؤجرة أو المنتفع بها، إذ القاعدة المتبعة أن يتملك مالك الأرض ما يقيمه غيره عليها من منشآت وذلك بمقتضى الالتصاق، ويجوز لمالك الأرض أن يخول أجنبيا مستأجرا الحق فى إقامة منشآت على الأرض تكون ملكا له، م (٩٢٢) ، وذلك ما يجعل له أن يكون ذلك موقوتا بمدة الإجارة، حتى إذا انتهت كانت المنشآت ملكا لمالك الأرض، وعلى هذا تكون ملكية هذه المنشآت موقوتة بمدة الإجارة.

وفى رأيى أن هذه المنشآت والمبانى إذا انتقلت فى نهاية مدة الإجارة إلى مالك الأرض، فإن انتقالها إما أن يكون بلا عوض نتيجة للاتفاق، وفى هذه الحال تكون المنشآت المذكورة جزءا من الأجرة، أجل تسليمه إلى ما بعد انتهاء مدة الإجارة، وعلى ذلك تكون من أجرة الأرض، وتكون الملكية فيها قد انتقلت إلى مالك الأرض بعقد الإجارة، شأنها شأن باقى الأجرة التى دفعت له، فهى فى هذه الحال أجرة معينة، وإن انتقلت بعوض بناء على الالتصاق، فقد انتقلت بسبب من أسباب الملكية. وما ذكره الدكتور الصدة ردا على هذا من أن ذلك لا يسلم مع ما نصت عليه المادة (١٠٣٨) مدنى، من أن هذه المبانى أو المنشآت إذا ما رهنها مالكها يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الأنقاض، إذا ما هدمت تلك المبانى أو المنشآت، أو من التعويض الذى يدفعه مالك الأرض، إذا ما استبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق، إذ لو كان الأمر كما ذكر من انتقال ملكية المنشآت بسبب من أسباب الملك لما انتقل حق الدائن المرتهن إلى

التعويض الذى يدفعه مالك الأرض ثمنا للمبانى، ولبقى حق الرهن على المنشآت، كما هو الحال فى كل عقار مرهون باعه راهنه.

وفى رأيى أن هذا الحكم ليس إلا حكمـا خاصا روعى فيـه وضع المبانى من ناحية أن ليس لها حق قرار على الأرض، ومصلحة الدائن المرتهن، وإلا فما الفرق بين هذه الحال وحـال ملكية المشتـرى عند الرغبة من الشـفيع فى طلب الشفـعة، وملكية المسـتأجـر للأجرة التى التزم بدفـعها بعـد مدة معـينة. وهى عين فى يده، وعلى أية حـال فإن هذا الحـكم قد ثبت للمـلكية لمصـالح اجـتمـاعـية وواقـعيـة واقتصادية اقتضت ذلك.

وهذا ما تـقضى به الشـريعة الإسلامـية، فـالملك التام أو ملك العـين على العموم لا يقبل التوقيت، ولا يجـوز الاتفاق على ذلك، والاتفاق عليه باطل، أما ملك المنفعة فـإنه يقبل التوقيت اتفـاقا، فهو فى الإجارة مـوقت دائما بمدتها، وفى الوصيـة مؤقت بحـياة الموصى له أو بالمدة المحددة للانتـفاع إذا حـدد لذلك مدة، وظل الموصى له حيا إلى انتهائها عند الحنفية.

أما عند غيـرهم فإنه يكون مؤقتاً بالمدة، ولا ينتـهى بوفاة الموصى لهم. وفى العارية يتوقت بما حدد لها من مدة إذا لم يرجع فيها المعير، أو بحياة العاقدين أيهما أقرب. فإذا انتهت المدة ، أو توفى أحدهما، انتهى عند ذلك ملك الانتفاع.

وعند مالك يتوقت بمـدة العارية إذا حددت فى العقد، فـإن لم تحدد حددها العرف، والتوقيت عندهم لازم خلافاً للحنفية.

ولعدم جواز توقيت ملك العين فى الشريعة الإسـلامية كان فى العُمرى غير مؤقت، على الرغم من إفادة عـبارتها التوقيت عند الحنفيـة، ومن ذهب مذهبهم، وصـورتها: أن يقـول مالك العـين لآخـر أعمـرتك دارى، أو هى لك عمـرى أو عمرك، فقد ذهب الجمهور إلى إفادتها ملك العـين، وأنها جائزة، فتصير بها العين ملكا لمن أعطيت له ولورثتـه من بعده، وقـد نقل هذا عن جابر بن عـبد الله وابن عمر وابن عـباس، وهو مذهب الحنفية والزيدية والحـنابلة والشافعية مـستدلين بما رواه أبو هريرة عن النبى (ﷺ) قال : «العُمرى ميـراث لأهلها» أو قال : «العمرى جائزة»، متـفق عليه، وذهب مالك إلى أنها من قبل تمليك المنفـعة، وهى جائزة، ولذا تعود رقبتها إلى مالكها بعد انتهاء الانتفاع بها.

ثالثا : إن بداية الملكية ملكية تامة، سببها الاستيلاء على المباح، إذ كانت جميع الأشياء منذ خلقها الله مباحة، وإنما ملكت ابتداء بالاستيلاء عليها، ويدل على ذلك قوله تعالى فى كتابه العزيز : ﴿**هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا**﴾[1]، فكانت جميع الأشياء مباحة للناس ينتفعون بها، وإنما يتملكونها بالاستيلاء عليها لقوله (ﷺ) : «من سبقت يده إلى ما لم تسبق إليه يد غيره فهو له»، وأثر الاستيلاء ملك العين ملكية تامة، وعنها تفرعت جميع أنواع الملكيات بالأسباب الناقلة للملكية، سواء أكانت ملكية منافع أم ملكية أعيان.

غير أن من ملك المنافع مالا يستند إلى ملكية تامة فى محله، وذلك كحق الشرب، وحق المرور، وحق المسيل، فإن هذه الحقوق قد تثبت وتستقر على الأرض المباحة باستعمالها فى هذه الحقوق دون أن يسبق تملكها بالاستيلاء عليها، كما إذا أحيا شخص أرضا معينة وهى محاطة بأراض موات، جعل منها طريقا إلى أرضه أو مسيلا لأرضه فإنه بذلك يتملك تلك الحقوق عليها دون أن يسبق تملكها ملك رقبتها.

خصائص ملك المنفعة :

وينفرد ملك المنفعة عن ملك العين فى الشريعة الإسلامية بالخصائص الآتية:

أولا : قبول ملك المنفعة لأن يقيد بالزمن والمكان والصفة والنوع، فتملك المنفعة فى مدة معينة، كما فى الإجارة والوصية بالمنافع، أما قبوله التقيد بالزمن فلأن الزمن يعد معياراً للمنفعة المملوكة فيملك من المنفعة بقدر ما يكون منها فى زمن معين، وأما تقيدها بالمكان والصفة والنوع فلأن ذكر ذلك يعد بيانا لما ملك منها وتعريفاً به، وهذا بخلاف ملك العين، فإنه دائم مطلق، ومن ثم لايتقيد بزمان ولامكان ولانوع ولامنفعة.

وعلى ذلك جاز للموصى أن يقيد انتفاع الموصى له بمنفعة دابة بركوبها فقط، والموصى له بمنفعة أرض بزراعتها نوعا خاصاً من المزروعات، كما يجوز ذلك للمعير بالنسبة إلى المستعير، وللواقف بالنسبة إلى الموقوف عليه فيقيده بسكنى

(١) سورة البقرة ٣٩

الدار الموقوفة دون استغلالها أو بسكناها بنفسه كما فى المدارس الموقوفة للسكنى والتعليم، ويلاحظ أن فى بعض هذه الأحكام خلافا مرده إلى أن الرضا بالأعلى يعد رضا بالأدنى وأن من ملك شيئا ملك أن يملكه غيره، فكان من نتيجة ذلك أن رأى بعض الفقهاء أن الرضا بالحمل على الدابة يعد رضا بركوبها، وأن تمليك الاستغلال يستلزم ملك الاستعمال، وهكذا. بينا يرى آخرون أن هذه تعد منافع متعددة متغايرة، ومن ملك منفعة لم يملك غيرها، وقد يكون للعرف مع هذا مدخل فى التقييد، لأن المعروف عرفا كالمشروط فى الاعتداد به.

وتقييد ملك المنفعة كما يكون عند إنشائه يكون بعد إنشائه فى بعض الحالات كما فى الإعارة، إذ للمعير أن يقيد المستعير بعد إنشائها؛ لأن ذلك يعد من قبيل العدول عن الإطلاق إلى التقييد، وله ذلك بناء على أن الإعارة غير لازمة، ولذا لم يكن له ذلك عند من يراها لازمة، كالمالكية، كما لا يكون ذلك للواقف بعد إنشاء وقفه إلا إذا شرط لنفسه مثل هذا التغيير، ولا يكون فى الإجارة إلا باتفاق طرفيها، إذ إن ذلك يعد تعاقدا جديدا فسخ به التعاقد السابق.

ويلاحظ أن حقوق الارتفاق حقوق دائمة عند الحنفية، وعلى ذلك لاتقبل التقييد بالزمان، وإنما تقبل التقييد بالصفة عند إنشائها فقط، كأن يقيد حق المرور باجتيازه مشيا دون ركوب، وحق الشرب من كوة معينة.

ثانيا: أنه لا يقبل التوارث عند الحنفية فى جميع صوره وأحواله؛ لانتهائه بالموت عندهم، ويستثنى من ذلك ما لا ينتهى بالموت، كحقوق الارتفاق، إذ إنها تورث وتنتقل تبعا لانتقال العقار المرتفق، مثل حق المرور والشرب والمسيل والعلو.

وخالفهم فى عدم قبول ملك المنفعة للتوارث جمهور الفقهاء من الشافعية والمالكية والحنابلة، فذهبوا إلى انتقالها بالوراثة عند موت مالكها، لأنه لاينتهى بالموت، وبناء على ذلك إذا كان ملك المنفعة مؤقتا بمدة فتوفى المالك قبل انتهائها انتقل إلى ورثته، وذلك كما فى الوصية، وكما فى الإجارة عند المالكية والشافعية والحنابلة، وكما فى الإعارة عند المالكية، وذلك للزوم العقد عندهم. ولا ينفسخ العقد اللازم بموت أحد طرفيه إلا إذا تعلق بشخصه، كما فى إجارة الأجير على أن يعمل بنفسه، أما ملك العين فإنه ينتقل بالوراثة اتفاقا.

ثالثا ـ أن ملك المنفعة يستوجب حيازة العين التى تعلق بها عند ما يكون ذلك هو السبيل إلى استيفائه، كما فى الإجارة والوصية بالمنافع، والإعارة عند من يرى أنها تمليك للمنافع، فإذا حازها مالك المنفعة وجب عليه صيانتها وحفظها، كما يصون ماله ويحفظه، فإذا قصر فى ذلك أو تعدى على العين، فتلفت أو نقصت ضمن قيمتها أو نقصها، أما إذا تلفت عنده دون قصد أو تقصير فلا ضمان عليه فى الإجارة والوصية، وكذلك فى العارية عند الحنفية خلافا للشافعية والحنابلة، إذ أوجبوا الضمان عند التلف مطلقا على المستعير إلا أن يكون مستعيرا من أمين، كالمستأجر. أما المالكية فلهم فى العارية تفصيل يفرق فيه بين ما يناب عليه فتعتبر يد المستعير عليه يد ضمان وبين ما لا يناب عليه فتعتبر يد المستعير عليه يد أمانة، فما يناب عليه فيه الضمان إلا إذا أقام بينة على أنه لم يكن له فى تلفها يد، وما لا يناب عليه لا ضمان عليه فيه إلا بالتعدى أو التقصير.

وإذا حار مالك المنفعة العين لاستيفاء حقه منها كان عليه نفقاتها إن كان انتفاعه بها بالمجان ما دام منتفعا بها، لأن الغرم بالغنم، فإذاكانت العين حيوانا كان على المنتفع به علفه وما يلزم للمحافظة عليه، وإذا كان سيارة كان عليه أجر مقرها، وإن كان انتفاعه بها نظير عوض كان ذلك على مالك العين، وهذا عند الحنفية، وذهب المالكية والحنابلة والشافعية إلى أن ذلك يكون على مالك العين عندما يكون انتفاع المنتفع بها نظير عوض، كما فى الإجارة، أما إذا كان انتفاعه بها بالمجان فكذلك الحكم عندهم إذا كانت العين عادية، ويرى بعض المالكية فيها أن يكون ذلك على المستعير، لأن الغرم بالغنم، أما إذا كانت العين موصى بمنفعتها، فإن ذلك يكون على الموصى له عند الحنابلة لأنه المنتفع، ولا يلزم الورثة بشىء من ذلك، وعند الشافعية قولان. ويظهر لى أن الحكم كذلك عند المالكية إذ لم أجد نصا[1].

(١) نهاية المحتاج، جـ ٥، ص ١٣٤، وكشاف القناع، جـ ٢، ص ٣٠٩، ٣٣٨، ٥٢١، والشرح الكبير، وحاشية الدسوقى عليه فى آخر العارية.

عناصر الملكية :

لرجال القانون عناية ببيان ما لصاحب حق الملكية من مكنات أو سلطات أو مزايا يستطيع مباشرتها أو التمتع بها فى مجال انتفاعه بالشىء محل هذا الحق، وقد كان تعريفهم لهذا الحق قائما على بيان هذه المزايا والمكنات التى أطلقوا عليها اسم عناصر الملكية، وقد بينا فيما سبق أن هذا الحق حق جامع، بمعنى أنه يخول صاحبه حق الحصول على جميع المزايا التى يمكن استفادتها من محله فى حدود القانون، ويمكن رد هذه المزايا إلى ثلاثة عناصر جاء النص عليها فى تعريف هذا الحق فى المادة (٨٠٢) مدنى مصرى، والمادة (٧٦٨) سورى، والمادة (٨١١) ليبى، إذ جاء فى هذه المواد : «لمالك الشىء وحده فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه»، كما جاء ذكرها أيضا فى المادة ١٠٤٨ عراقى، والمادة ١١ من مرشد الحيران مع ذكر المنفعة بدلا من الاستعمال. ويلاحظ أن التمييز أو التفرقة فى المعنى بين هذه العناصر مما يدق، إذ يتناول بعضها ما يتناوله بعضها الآخر، فبعض ما يعد من قبيل الاستعمال ليس ثمة ما يمنع أن يعد من قبيل الاستغلال، كزراعة الأرض، فهى انتفاع أو استعمال إذا ما نظرنا إلى أنها عمل فى الأرض وانتفاع بها فى سبيل الزراعة، وهى استغلال إذا ما نظرنا إلى أنها طريق للحصول على ثمارها أو حاصلاتها، وقد تعد تصرفا فى الأرض إذا ما نظرنا إلى أنها عمل فى الأرض يغير من طبيعة سطحها وهكذا، ومن هنا لم يكن ذكر هذه الأمور الثلاثة إلا بقصد الدلالة على أن حق المالك مطلق فى الانتفاع بالأرض فى جميع مجالات الانتفاع ووجوهه فى حدود القانون، فلا يمنع إلا من مزية أو مكنة حرمها القانون. وليس يراد أن ثبوت حق الملكية منوط بثبوت هذه العناصر جميعها، بل المراد أن ثبوتها يتحقق بثبوت التمكن من الحصول على جميع المزايا فى حدود القانون، غير أنه يلاحظ مع هذا أن قوام حق الملكية إنما هو حق التصرف فلا ينفصل عنها، وفيما يلى بيان لما يراد بكل عنصر منها.

يراد بالاستعمال استخدام الشىء، واستخدامه يكون بالحصول على منافعه التى أعد لها أو أمكن استخدامه فيها، كاستعمال الحيوان أو السيارة للركوب أو للحمل، والثياب للبس والدار للسكنى والأرض للزراعة، والكتاب للقراءة وهكذا.

ويراد بالاستغلال القيام بالأعمال التى يراد بها الحصول على ثمار الشىء المملوك ونتائج استخدامه، سواء أكانت ثمارا طبيعية أم متولدة منه، كنتاج الحيوان، وكلأ الأرض، وأشجارها الطبيعية، أم كانت له باستحداث الإنسان وعمله، كالزرع والشجر، أم كانت نتيجة عمل قانونى، كالأجرة الناتجة عن إجارة، والثمار لا تتناول فى العرف القانونى منتجات الشىء المملوك، إذ يراد بالثمار على الجملة مالا يترتب على أخذه انتقاص أصل الشىء المملوك. أما المنتجات فيراد بها ما ينتقص من أصل الشىء المملوك، كالأحجار تؤخذ من الأرض والأشجار تؤخذ من الغابة، وقد يعد الشجر ثمرة إذا ما أعدت الأرض وما عليها من الأشجار لهذا الغرض، وعلى أية حال فليس لهذه التفرقة أية ثمرة بالنسبة لما نحن فيه من بيان حق المالك فيما يملك.

ويراد بالتصرف هنا ما يتناول الأعمال المادية والأعمال القانونية، فالأعمال المادية هى التى يترتب عليها أثر حسى فى الشىء المملوك، كتغيير صورته أو إتلافه أو تجزئته وما أشبه ذلك بما يمس مادته وينالها، ولتعدد صورها واختلافها يرى أن منها ما يختلف بالاستعمال، فاتخاذ الأخشاب أبوابا يعد استعمالا لها وتصرفا فيها. والأعمال القانونية هى التى يترتب عليها أثر قانونى فى الشىء المملوك، كبيعه وهبته ورهنه، مما يترتب عليه نقل ملكيته أو تحميله بحق عينى. ويلاحظ أن العمل المادى يرد على ذات الشىء المملوك ومادته، أما العمل القانونى فيرد على حق المالك، إذ هو تصرف قانونى فى الحق يترتب عليه نقله إلى مالك آخر أو تحميله بحق لغير مالكه.

وعلى ذلك يرى أن سلطة التصرف المادى فى المملوك تعتبر عنصرا جوهريا لحق الملكية يتميز به عن غيره من الحقوق العينية الأخرى، إذ إنها وإن أولت صاحبها أن يفيد من شىء مملوك لغيره على صورة مختلفة باختلاف هذه الحقوق نجد أن صاحبها مطالب بالمحافظة على مادة الشىء ورده إلى مالكه بعد انتهاء حقه، ومع ذلك يرى أن إفادته منه أضيق دائرة من إفادة صاحبه، وذلك بما لصاحبه من حق جامع لجميع أنواع المزايا والتصرف. وإن لوحظ أن حقه هذا قد يتقيد بما يتقرر لغيره من حقوق على ما يملك، فوجود حق انتفاع لشخص على شىء مملوك لغيره يمنع مالكه من أن يتصرف فيه تصرفا ماديا طيلة مدة الانتفاع م ٩٩٤/ ٢ مدنى

مصرى، كمـا يمنعه من أن يترتب عليه حق انتفاع لـشخص آخر خلال هذه المدة، ووجود حق ارتفاق على عقار يمنع صاحبـه من أن يعمل فيه ما يؤدى إلى انتقاص فى استعـمال هذا الحق أو إرهاق صاحبـه عند استعماله بما لم يكـن يتعرض له من قبل م ١٠٢٣/١ مـدنى مصرى، وهكذا مما تكفلـت بيانه القوانين من القـيود[1] وينبنى على مـا لمالك هذا الحق من ولاية مطلقـة أن مـحل هذا الحق لا يمكن أن يكون مملوكا كله لعدة أشخاص، فيكون لكل منهم حق ملكيته، إذ تعدد هذا الحق فيه يستوجب تعارض هذه الحقوق وتمانعها، وليس يستقيم ذلك إلا بأن يقيد بعضها بعضا، وذلك ما يتنافى مع حقيقتها.

وفقـهاء الإسلام لم يعنوا بذكـر هذه العناصر الثـلاثة جميـعها فى تعـريفهم للملك، فالمقدسى فى حاويـه لم يذكر واحدا منها فى تعريفه، بل اقتـصر فيه على أنه الاختصاص الحاجز، والكمال بن الهمام اقتصر على ذكر عنصر التصرف مكتفيا به عن ذكر العنصرين الآخـرين، فعرفه بأنه قدرة شرعيـة على التصرف. وجاء فى تعريف لغيـرهما ذكر الانتفاع والمعـاوضة، وليس يبعد أن يكون قـد استغنى بالنص على الانتفاع عن ذكر الاستغلال؛ لأنه ضرب من الانتفاع، فكان من مدلول اللفظ كما يرى أن من مدلوله أيضا تصرف المالك فى ملكه تصرفا ماديا لأنه حين يتصرف فيه هذا التصـرف ينتفع به، فالتصرف المادى إنما يكون فى مجـال الانتفاع بالشىء، فكان ضربا من الانتفاع، وليس يضير أن يكون الانتفاع بهذا المعنى الواسع الشامل متناولا أيضا التصرف القانونى إذ لا يباشره المالك إلا لتحقيق منفعة له، وعلى هذا يكون فى النص على الانتفاع غناء عن ذكر غيره، كما يمكن أن يقال إن فى النص على التصرف وحده، كما هو فى تعريف الكمال، غناء عن ذكر عنصرى الاستعمال والاستغـلال، لأن من له التصرف له أن ينتفع وأن يستـغل، ولا يمنع من الانتفاع والاستغـلال شرعا إلا حيث يمنع من التـصرف بسبب ثبوت حق لغـيره، فالراهن ممنوع من الانتفـاع بملكه ومن استغـلاله إلا بواسطة المرتهن محـافظة على ماله من حق الحبس واليد.

(١) الملكية، للدكتور الصدة.

وعلى أية حال فليس فى إغفال فقهاء الشريعة لذكر هذه العناصر فى تعريف الملك دلالة على أنهم لا يرونها مظهر الملك فى الخارج، وأن بها قيامه فليس لذلك فى الفقهين قيام إلا بها، وإذا كان الفقه الغربى فقها واقعيا فى نظره فلا يرى حق الملكية إلا فى واقعه، حيث يتمثل فى هذه العناصر الثلاثة فى الخارج، فإن الفقه الإسلامى حين يرى الفقه حكما شرعيا أو قدرة شرعية يمنحها الشارع للشخص فإنه يجعلها أساسا وسببا لما هو واقع فى الخارج من ثبوت هذه العناصر لصاحبها، فيجعلها مسببة عنه وأثرا لازما له، بحيث يكون وجود أحدهما لازما لوجود الآخر، فلا ينفكان ولا ينفصلان أحدهما عن الآخر، غير أن الوضع فى الفقه الغربى يخالف عنه فى الفقه الإسلامى، فالفقه الغربى حين يعرض للملك إنمايعرض له ممثلا فى حق الملكية الذى يتعلق بالعين المبينة على صورة شاملة، وذلك ما يتحقق فى الملك التام عند فقهاء الشريعة. أما الفقه الإسلامى فحين يعرض للملك يعرض له بصورة عامة مختلفة الصور والأوضاع على ما بينا من قبل، فمنه الملك التام الذى يتعلق بالعين ومنفعتها جميعا، ومنه الملك الناقص الذى يتعلق بالعين وحدها أو بالمنفعة وحدها، ويتناول الملك الذى يتعلق بالحقوق على ما سبق بيانه، ومن ثم كان مظهر الملك فى الخارج مختلفا بحسب متعلقه بالنظر إلى ثبوت حق الانتفاع وحق الاستغلال وحق التصرف اختلافا تتسع مسافته ما بين صوره وتضيق على حسب ما تعلق به من عين أو منفعة أو حق. فقد علمت أن من الحقوق المملوكة ما لا يقبل التصرف لا بالإسقاط ولا بالتمليك كالاستحقاق فى الوقف، ومنها ما يقبل الإسقاط ولا يقبل التمليك، كحق الشفعة، ومنها ما يقبلهما كحق التعلى، وأن منها ما لا يقبل الاستغلال ويقتصر الانتفاع به على مجرد الاستعمال، كحق المرور، ومن هذا لم يكن ثبوت العناصر الثلاثة أمرا لازما لثبوت الملك، بل يكفى لثبوته شرعًا كما قدمنا أن يكون هناك اختصاص يصاحب له على وضع يمنع غيره من التدخل فيه، كما بينا من قبل، ومن هذا يرى أن الملك في الشريعة أعم منه فى الفقه الغربى، وكان ذلك أساس اختلافهما إلى عناصره، إذ كان التصرف عنصرا جوهريا لازما بالنسبة لحق الملكية، ولم يكن كذلك بالنسبة لما يسمى ملكا فى الفقه الإسلامى.

١١ - حمايتها :

أساس الملكية كما قدمنا هو الاختصاص، وليس لها وجود ولا بقاء إلا بوجوده وبقائه، وذلك ما استوجب صيانتها وحمايتها، وعناية المشترعين بتلك الحماية وتنظيمها وبيان وسائلها منذ كان لها وجود يقره الناس ويرونه دعامة من أهم دعائم حياتهم ومعايشهم، وقد جاء الإسلام فأقر للملكية ما تتطلبه من حماية وصيانة، وأعلن الرسول (ﷺ) ذلك فى أعظم مجتمع إنسانى وجد فى زمنه (ﷺ) ، وهو مجتمع المسلمين يوم عرفات فى حجته صلوات الله عليه إذ خاطبهم بقوله :

«إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا، ألا هل بلغت اللهم اشهد»[١]. فكانت صيانة المال وحمايته كصيانة النفس فى حرمة الاعتداء عليهما، هذا إلى قوله (ﷺ) : «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم إلا بحقها، وحسابهم على الله»[٢]، وقوله : «كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه»[٣]، وقوله : «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه» وهذا إلى ما شرعه الله من أحكام للحفاظ عليها وصيانتها من العدوان عليها، كحد السارق والنهى عن أكل المال بالباطل فقد قال تعالى : ﴿**والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله**﴾.

وقال : ﴿**ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا من أموال الناس بالإثم**﴾ وقد أقر القانون المصرى هذه الحماية فى مادة ٨٠٥ مدنى، إذ نص فيها على أنه لايجوز أن يحرم أحد ملكه إلا فى الأحوال التى يقررها القانون وبالطريقة التى يرسمها، ويكون ذلك فى مقابل تعويض عادل،وهو نص المادة (١٠٥٠) مدنى عراقى والمادة (٧٧٢) مدنى سورى. وذلك ليس إلا نتيجة لما أقرته الدساتير فى البلاد العربية إذ نص فيها على

(١) صحيح مسلم ، جـ ٢، ص ٥٣٤
(٢) صحيح مسلم، جـ ١، ص ٣٤
(٣) صحيح مسلم، جـ ٤، ص ١٩

أن الملكية مصونة ولا ينزع ملك أحد أو ماله إلا لأجل النفع العام فى الأحوال وبالطريقة التى يعينها القانون وفى نظير تعويض عادل، وليس فى أخذ الملك للمنفعة العامة مخالفة لما شرعه الشارع الإسلامى، فإن ما أعطى للمالك من حق فى حماية ملكه وعدم المساس به إنما هو حق مقيد، كغيره من الحقوق التى منحها الشارع للناس مقيدة بعدم الضرر، وذلك لقوله (ﷺ) : «لا ضرر ولا ضرار»، ولقد أمر رسول الله (ﷺ) بقلع نخل سمرة بن جندب دون مراعاة لحقه فى حمايته حين اتخذ ملكيته له وسيلة إلى الإضرار بصاحب البستان الذى كان يقوم فيه هذا النخل، إذ أكثر من دخول هذا البستان بحجة نظر نخله، فكان فى ذلك ضرر غير محتمل بصاحب البستان وأهله، وأبى أن يمنع هذا الضرر ببيع النخل أو هبته لصاحب البستان فلم يكن بد من أن يأمر رسول الله (ﷺ) صاحب البستان بقلعه دون مراعاة لملك هذا النخل من حق الحماية، وعلى هذا الأساس جاز نزع الملك الخاص للمصلحة العامة جبراً عن صاحبه إذا امتنع عن بيعه للمصلحة العامة عنتا إذ إن امتناعه فى هذه الحال يكون ظلما وإثما لا يقر عليه.

ولقد ضاق المسجد الحرام على الناس فى زمن عمر رضى الله عنه، وكانت دور الناس محدقة به من كل جانب ما عدا فتحات يدخل الناس منها إلى المسجد فساوم أصحابها فى شرائها فرضى منهم أناس اشترى دورهم وأدخلها المسجد وأبى عليه ذلك أصحاب الدور الأخرى فأخذها منهم جبرا، ووضع قيمتها بخزانة الكعبة فظلت بها إلى أن أخذها أصحابها. وحدث ذلك مرة أخرى فى زمن عثمان رضى الله عنه ففعل كما فعل عمر، ومن هذا يتبين أن لولى الأمر الحق فى أن يأخذ الأموال من أصحابها إذا ما دعت إلى ذلك مصلحة عامة لا سبيل إلى تحقيقها إلا بذلك، وإنما يأخذها بقيمتها إلا أن تدعو الضرورة إلى فرض ضريبة يأخذها من القادرين عليها، فعند ذلك يأخذها ضريبة من غير عوض.

وبناء على ذلك إذا ما نزلت نازلة ماحقة أو حلت بالمسلمين كارثة، ولم يمكن دفع ذلك إلا بأموال تؤخذ من أرباب الثراء جاز لولى الأمر حينئذ أخذها بلا عوض، فريضة مفروضة عليهم ما دام لا يوجد فى بيت المال ما يقوم بدفع ذلك عن المسلمين، ولقد حمى عمر رضى الله عنه أرضا بالربذة فجعلها خاصة برعى إبل الصدقة ، فقال له أهلها : يا أمير المؤمنين إنها بلادنا قاتلنا عليها فى الجاهلية

وأسلمنا عليها فعلام تحميها، فقال لهم عمر : «المال مال الله والله لولا ما أحمل عليه في سبيل الله ما حميت شبرا في شبر».

ومما لا شك فيه أن احتباس المال لدى فئة خاصة من فئات الأمة يتداول فيما بينها دون غيرهم من طوائف الأمة أمر يكرهه الشارع الإسلامي ولا يقره، ومما يدل على ذلك أن الله سبحانه وتعالى حين أمر بقسمة ما يفيئه من الأموال على رسول الله (ﷺ) من أهل القرى بين أرباب الحاجات من ذوى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل، جعل سبب ذلك وحكمته ألا يكون المال دولة بين الأغنياء، فقد قال في سورة الحشر : **﴿ما أفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذى القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الأغنياء منكم﴾**، وروى عن أبي سعيد الخدرى أنه قال: «كنا في سفر فقال النبي (ﷺ) : من كان معه فضل زاد فليعد به على من لا زاد له، ومن كان له فضل ظهر فليعد به على من لا ظهر له»، وأخذ يعدد أصناف الأموال حتى ظننا أن ليس لنا من أموالنا إلا ما يكفينا.

من هذا يرى أن لولى الأمر حق التدخل في الأملاك والأموال بما يرفع الضرر ويدفع البوار عن الأمة حيث المصلحة العامة إلى ذلك، وذلك قد يكون بأخذ المال للمنافع العامة بعوضه، وقد يكون بغير عوض حسب ما تقضى به الضرورة ما يجوز أن يكون تدخل فيها بتحديد الملكية، فيحدد لها حدا يحظر على الناس تجاوزه إذا ما غلت طائفة من الناس في ذلك غلوا جعلت من المال احتكارا حال دون أن يجد منه غيرهم ما يقوم بحاجتهم ومعايشهم ، ذلك لأن الإكثار من المال والغلو في جمعه أمر مباح يجوز منعه إذا ما ترتب عليه ضرر عام، كما يكون له عند الضرورة القاضية أن يحدد أثمان الحاجيات وأجور بعض العاملين وأن يوجه النشاط الاقتصادى في الصناعة والتجارة التوجيه الذى يحقق للأمة قوتها، ويوفر لها حاجتها ويحفظ عليها وجودها وعزتها، كما كان له عند إساءة التصرف في الأموال أن يحجر على السفهاء من أصحابها صيانة لأموالهم وحفاظا على عينهم وكرامتهم.

١٢ - قيودها :

من الأصول المقررة فى الشريعة الإسلامية أن مصدر الحقوق كلها شريعة الله سبحانه وتعالى، فإنه سبحانه وتعالى هو الذى منحها أو أقرها، وهو الذى أوجب حمايتها وشرع لها الوسائل التى تؤدى إلى هذه الحماية ، كما أنه بين طرائق استعمالها ووجوه الانتفاع بها على الوجه الذى يحقق المقاصد والغايات من شرعها، وهى مقاصد وغايات أريد بها صلاح المجتمع وصلاح أفراده على وضع يجعل صلاح الفرد أساسا لصلاح المجتمع ووسيلة إليه دون تعارض وتنافر بين المصلحتين، وذلك بتقديم صلاح المجتمع على صلاح الفرد.

ولم يكن تقرير الحقوق فى الشريعة الإسلامية إلا نتيجة لازمة لما صدر عن الشارع من أوامر ونواهٍ أريد بها أن يحذر الناس ما للهوى ونزعات النفس الأمارة بالسوء من سلطان، وأن تكون تصرفاتهم فى حدود تلك الأوامر والنواهى مقيدة بماتضمنته من قيود، ملتزمين الوقوف عندها وعدم التفريط فى أمرها حتى لايستحق عليهم ما وضع لمخالفتها من عقاب وجزاء، ذلك بأن الشريعة الإسلامية فيما يرى ليست إلا مجموعة من الأوامر والنواهى التى جاء بها خطاب الله لعباده، وبمقتضاها ترتبت الحقوق والواجبات، الواجبات على من أمر أو نهى، والحقوق لمن صدر من أجله أو لمصلحته ذلك الأمر أو النهى، وإنه لمن المحال على الله أن يشرع للناس ما يضرهم، فقد قال تعالى : **﴿ما جعل عليكم فى الدين من حرج﴾**، وقال : **﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾**، وقال: **﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾**، وقال رسول الله (ﷺ) : «لاضرر ولاضرار». وذلك ما فيه الدلالة البينة على أن ما جاءت به الشريعة الإسلامية من حقوق وأحكام مقيد بعدم الضرر، وعلى ذلك فلا يجوز أن تتخذ الحقوق وسيلة إلى الإضرار بالناس، بل يجب أن يكون استعمالها مقيدا بعدم الإضرار بالجماعة أو بالفرد، وبألا يؤدى ذلك إلى الإضرار بصاحبها ضررا فاحشاً يسلبه حقه، فإذا تعارض الضرران ارتكب الأخف منهما؛ درءاً للأشد من الضررين، ومن ذلك يجب ألا تجعل أداة للتسلط على الناس، ووسيلة إلى سلبهم حرياتهم وحرمانهم من ثمرات أعمالهم، وإلى قسمتهم طبقات يظلم بعضها بعضا، وليست الملكية إلا

حقا من تلك الحقـوق التى منحها الله الناس ، فكانت خاضعـة لهذا الأصل شأنها شأن الحقوق الأخرى.

وإذا لاحظنا ما قدمناه من بيان كاشف عما انتهى إليه النظر فى الملكية، وأنها حين تعد ميزة وحقا لصـاحبها تعـد كذلك وظيفة اجـتماعية، بينـا أن هذه الصفة الأخيرة تقتـضى أن تقيد بما يكفل لها تحقيق الغرض منـها فى هذه الناحية على ألا تطغى مراعاتها على الناحية الأخرى.

وقـد كـانت قـيودها إلى زمـن قريب لا تحـد إلا من السـلطات والمزايا التى تخولها لـصاحبها، سـواء أكان ذلك نتيجـة لمراعاة الصالح العام أم لمراعـاة مصلحة خاصـة جديرة بالعناية، ولكن رؤى أخيـرا فى بعض التشريعـات العربية الوضعـية تجاوز ذلك إلى الحد مـن مكنات المالك فى اكتساب الملكيـة حين طغى حب بعض الناس فى تملك الأراضى الزراعية إلى غير حدود على مصالح غيرهم، وأضر بنظام المجـتمع وأمنـه وسلامـه، وأدى إلى خـروج هذه الملكيـة عن حدود وظيـفـتهـا الاجتماعية، فقيد تملك الناس لها فى بعض البلاد العربية بألا يتجاوز قدرا معينا من الأرض، وصدرت بهذه القيود قوانين فى الجمهورية العربية المتحدة وفى الجمهورية السورية وفى الجـمهـورية العراقيـة ، كمـا صدرت قوانين أخـرى فى بعضـها بمنع الأجانب من أن يتـملكوا جديدا من الأراضى الزراعيـة إلا فى حالات استـثنائية، ولم يحدث فى المحيط الإسلامى فى العهد الماضى ما دعا الفقهاء إلى النظر فى مثل هذا التقييد ووضع حدود لذلك، استنـادا إلى الضرورة أو الحاجة وعملا بالمصالح المرسلة إلا ما كان من نظر كثـير منهم فى منع احتكار الأطعمة وما يشـبهها، فظل الأمر على ما كان علـيه منذ ظهرت الشريعة الإسلاميـة لا حدود لما يملكه الإنسان من مال أيا كان نوعه، ولا خطر على أجانب أن يتملكوا من الأرض ما شاءوا.

وليس فى الشريعة الإسـلامية ما يحول دون وضع هذه الحدود مـتى تحققت الضرورة أو الحـاجة الملحـة إلى وضعهـا، ولم يستقم أمـر الناس إلا عليهـا، فإن التملك ليس إلا مكنة أو إباحة شرعهـا الله للناس فى حدود ما بيناه، فلا يجوز أن تكون سبيلا إلى الضرر الفاحش الذى يطغى على ما للناس من حقوق، ولا يصح أن تكون حيازة المال واستـثماره فى غير ما تتطلبـه حاجة صاحبه وحـاجة المجتمع الملحة التى يجب على الناس سدها وجوبا كفائيا يجعل لولى الأمر عند التقصير فى

الأداء حق الهيمنة والتدخل بالإرشاد والتوجيه والإلزام، ومن المقرر شرعا أن على ولى الأمر أن يستجيب إلى داعى المصلحة العامة، فيحرم على الناس من المباحات ما يرى أن فى الإبقاء على إباحته ضررا بالمجتمع، ويوجب على الناس منها ما يرى أن إيجابه دفع مفسدة أو جلب مصلحة المجتمع.

لقد حدث فى عهد عمر رضى الله عنه أن قلت اللحوم حتى أصبحت لاتكفى أهل المدينة جميعا، فاقتضت المصلحة أن يمنع الناس من أكل اللحوم يومين متواليين من كل أسبوع إلى أن يكثر اللحم ويتوافر، فعمد إلى تحريم أكلها فى يومين.

وقام على تنفيذ ذلك ومراقبته بنفسه، فكان يأتى مجزرة الزبير بن العوام بالبقيع ولم يكن بالمدينة سواها، فإن رأى من خرج عن هذا المنع ضربه بالدرة قائلا: هلا طويت بطنك يومين. وقرر الفقهاء بناء على المصلحة أن يمنع احتكار الطعام حتى لا يتخذ ذلك وسيلة وسببا لارتفاع ثمنه فينال الناس بذلك ضرر عظيم، فأوجبوا أن يباع على المحتكر ما احتكره، وكذلك قرروا عدم مزاولة بعض الصناعات والحرف حيث تكون مزاولتها ضارة بالناس فمنعوا الحداد من أن ينشئ محل حدادته حيث يباع الحرير فى سوقه، وهكذا.

والقيود فى هذا الصدد نوعان : قيود فى حق التملك فحدد بها مقدار ما يملك، وقيود فى سلطان المالك وولايته فحددت بها طرق الانتفاع، وليس يوجد فى الشريعة الإسلامية قيود من النوع الأول، إذ لم تدع داعية إلى وضع مثل هذه القيود فيما سلف من الزمن، كما ذكرنا. ولذا لا يوجد هذا النوع إلا فى التشريع الوضعى. أما ما قيد به سلطان المالك ووسائله فى الانتفاع بملكه فهو كثير عديد فى الشرعين، وذلك ما سنعرض له إجمالا فى دراستنا هذه مع مقارنته بما هو مشروع فى الشرائع الوضعية المطبقة فى البلاد العربية، تاركين تفصيل ذلك للدراسة الخاصة بهذا الموضوع، إذ إن دراستنا تقوم على دراسة نظرية الملكية وأسسها.

الملكية وأسسها

النوع الأول من القيود :

ليس لما يملكه الإنسان حدود تحده وتقدره فى الشريعة الإسلامية، فللإنسان أن يملك من المال ما يستطيع أن يتملكه بوسائل ملكه المشروعة دون حد مقدر فى ذلك ما له الخيرة فيه إن شاء فعله، وإن شاء تركه، وذلك دون مساءلة عليه فى ذلك، مع ملاحظة أن تملك ما يدفع عن الإنسان الهلاك من الطعام ونحوه إذا ما تعين ذلك طريقا إليه أمر واجب؛ لأنه وسيلة إلى واجب هو حفظ النفس، وما تعين طريقا للقيام بالواجب واجب، والقيود من هذا النوع موجودة فى الشرائع الوضعية فى بعض البلاد العربية، وهى خاصة بملكية الأراضى الزراعية، وهى نوعان : نوع يقتضى حظر الملك، وذلك ما يتعلق بالأجانب إذ حظر عليهم فى بعض البلاد العربية تملك أرض زراعية فيها، بل عمدت الجمهورية العربية إلى تملك ما ملكوه فيها فيما مضى من الزمن نظير تعويض أعطى لهم، ونوع يقتضى تحديد ما يملك منها، وليس من دراستنا دراسة هذه القيود لأنها دراسة قانونية محضة محلها دراسة القانون لا دراسة الشريعة، وإنما الذى يعنينا هنا هو أن نذكر أن الملكية ومقدار ما يملك من الأموال من قبيل ما أبيح للناس، وأن لولى الأمر فى دائرة المباح أن يوجب على الناس منه ما تستوجب مصلحتهم العامة إيجابه عليهم؛ لدفع ضرر عنهم وجلب منفعة لهم، وأن يحظر عليهم منه ما تقتضى مصلحتهم العامة حظره عليهم، دفعا لضرره عنهم، وإذا فعل ذلك كانت طاعته فيما أوجب من ذلك، وفيما نهى عنه واجبة ظاهرا وباطنا، وقد نص كثير من الفقهاء على أن للإمام أن يحرم بعض المباح إذا ما رأى أن فعله يترتب عليه ضرر بالمجتمع، وأن يوجب بعضه إذا ما اقتضت مصلحة عامة إيجابه عليهم، وقد أشار إلى ذلك الحصكفى فى شرحه الدر المختار على متن التنوير، وإليه ذهب بعض محققى الشافعية، كما جاء ذلك فى تفسير الآلوسى ، جـ ٥ ، ص ٦٦ وذلك لوجوب طاعة الإمام فى أمره ونهيه، لقوله تعالى فى سورة النساء **﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم﴾**، إذ المراد بأولى الأمر الأمراء والولاة، وهذا مروى عن ابن عباس وأبى هريرة، ويقول الطبرى : إن هذا الرأى هو أولى الأقوال بالصواب، لكثرة ما ورد عن رسول الله (ﷺ) من إيجاب

طاعتـهم إلا فى معـصية، وهذا الأمـر يتناول ما يأمـرون به من إيجاب مـباح، أو تحريمه لمصلحة عامة تقتضى ذلك.

ولقد روى من أعمـال الخلفاء الراشدين ما يؤيد ذلك، فقـد منع عمر رضى الله عنه الناس من أكل اللحـوم يومين متـواليين فى كل أسبوع، لقـلة فى اللحوم رآها عند ذلك، وحمل عثـمان الناس على قراءة القرآن على حـرف واحد من لغة قريش حين خاف خلاف الناس وفتنتـهم، وحض عمر على عدم تزوج الكتابيات؛ خشية الإعراض عن زواج المسـلمات وتأثيرهن فى أولادهن، وعلى ذلك فليس ما يمنع شرعاً من تحـديد مقدار ما يملك من الأمـوال إذا ما اقتضت المصلحـة العامة ذلك، ولا شك أن تحـديدها فى مـقـدارها، كتـحـديدها فى آثارها، بل ربما كـان تحديدهـا فى آثارها أقرب قـبولا؛ لأن تحديد الآثار يسـتلزم أن تسلب الأسـباب أو العلل بعض آثارها ونتائجها، وذلك ما لا يتفق مع سببيتها.

وأما مـا ذهبت إليه بعض البـلاد العربيـة من منع الأجانب أن يتـملكوا من أراضيها الزراعية شيئا، فذلك ما يتسق مع ما للحربى ،والمستأمن من عدم إقرارهما على البقاء فى ديارنا[1]، إلا أن يتحولوا ذميين، فـيكون لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين، وإذا لم يكن للأجنبى أن يقيم فى ديار المسلمين إلا بعهد مؤقت لم يكن من المقبول أن يملك عقاراً يستـمر تملكه له، لأنه إن خرج حربيا كان ماله فيئا للمـسلمين، وكان منعهم من التملك متسـقا مع أحكامه، وعلى هذا فليس ما يمنع شرعاً من حظرتمـلك الأراضى الزراعية فى البلاد الإسلامـية على الأجانب، بل ربما كان ذلك هو الأقرب لتحقيق ما تهدف إليـه الشريعة الإسلامية؛ قصدا إلى المحافظة على سلامة الدولة واستئثار أهلها بثروتها القومية.

---

(١) وقد جـاء فى الخراج لابى يوسف ، ص ٢٤١ : ولا ينبغـى للإمام ان يترك احـدا من أهل الحرب يدخل بأمان فى دار الإسـلام او يترك رسولا من ملكهم يخرج شـيئا من الرقيق او السـلاح او مما يكون قوة لهم على المسلمين، فاما الثياب والمتاع فهذا وما أشبهه لا يمنعون منه . . . إلى أن قال : فإن أقام هذا المستأمن فاطال القيام أمر بالخروج، فإن أقام بعد ذلك حولا وضعت عليه الجزية، أى وكان ذميا وعند ذلك يمنع من العودة إلى دار الحرب.

النوع الثانى من القيود :

بينا فيما سبق أن الملكية ليست إلا حقا من الحقوق التى منحها الشارع فكانت كغيرها من الحقوق مقيدة بعدم الضرر البين الفاحش مشروعة لمصلحة المجتمع، وذلك ما يدل عليه تتبع الأحكام الشرعية بعد استقرائها وما ورد فيها من النصوص، وما تضمنته تلك النصوص من بيان يكشف من الحكمة فى تشريعها والأهداف التى قصدت منه، وبناء على ذلك كان شرع الملكية مقيدا لها بقيود عديدة تختلف باختلاف موضوعاتها وطرائق الانتفاع بها، وكانت الملكية مقيدة بهذه القيود حقا لصاحبها، له منفعتها ومزاياها، ولم تكن بغيرها حقا له، وكان انتفاعه بها مطلقة غير مقيدة بها بما قيدت به تعديا منه، واستعمالا لغير ما يملكه وما ليس له، وكان بسبب ذلك مسئولا عما يلحق غيره من ضرر بناء على ذلك.

وهذا النوع من القيود ينقسم قسمين : قيود تقررها الشريعة أو القانون، وقيود إرادية تفرضها إرادة ذوى الشأن بما لها من سلطان.

والقسم الأول من هذه القيود يعد عنصرا جوهريا يحدد وضع حق الملكية الذى للمالك أو حدود استعماله، فكان بمثابة المعيار لما يملك منه،وكان حق المالك غير متجاوز هذه الحدود.

أما القسم الثانى من هذه القيود فتحدده إرادة ذوى الشأن بما تمليه من شروط تدفع إليها بواعث خاصة اقتضت وضع حق الملكية فى نطاق معين، ولذا كان من الواجب مراعاة هذه البواعث وما تدل عليه هذه الشروط، ويخضع هذا النوع لما تخضع له القيود الناقلة للملكية من قواعد وما يشترط من شروط؛ لأنها ضروب من الالتزام فتخضع لقواعد الالتزام، ولذا فلسنا نعرض لها فيما يأتى إلا فى إجمال.

وبالنسبة إلى القيود من القسم الأول نرى أن القوانين فى البلاد العربية قد نصت على تلك القيود؛ وأن منها قيودا تتعلق بالمصلحة العامة، وأخرى تتعلق بالمصلحة الخاصة، والأولى كثيرة متنوعة تضمنتها قوانين خاصة تعددت بحسب اختلاف موضوعاتها والأغراض المقصودة منها، إذ إن منها ما قرر مراعاة لمصلحة الأمن أو لمصلحة الصحة العامة، كإيجاب تسليم السلاح فى ظروف معينة إلى

الشرطة، وكالشروط التى نصت عليها التشريعات المتعلقة بالمحال الصناعية أو التجارية أو المقلقة للراحة، ووسائل النقل العامة، وما إلى ذلك. ومنها ما قرر لمصلحة الزراعة وسلامتها، كالشروط الواجب توافرها فى إنشاء المصارف والمراوى الخاصة، وفى إقامة آلات الرى على شواطئ الترع، والشروط المتعلقة بتحديد نوبات الرى وتحديد أنواع المزروعات، والمتعلقة بالأعمال الواقية من الفيضان وغير ذلك.

والقسم الثانى من هذا النوع منه ما قرر مراعاة للجوار وبعض حالات الارتفاق، ومنه ما قرر لأغراض أخرى، ولم تكن مراعاة المصلحة الخاصة وحدها أساس تقرير هذا النوع من القيود، بل كانت مراعاة صالح الجميع فى هذا أساسا فى ذلك أيضا، إذ كانت المصلحة العامة هى التى أملت على الشارع مراعاة المصلحة الخاصة فى هذا النوع.

وإذ تبينا فيما مضى أن أساس تقييد الملكية فى الشريعة الإسلامية هو الاستجابة لداعى المصلحة العامة والعمل على تحقيقها ومنع الضرر عن الناس وتوفير سلامة المجتمع، فليس يرى فيما قررته القوانين على اختلافها من قيود متعددة على الملكية فى مجالاتها ومحالها المختلفة، مما لم يرد له ذكر فى الشريعة الإسلامية خروج عليها ولا مخالفة لأصولها، وإنما يعد ذلك نتيجة لاختلاف الأزمنة، وتطور مجالات العيش وأسبابه، وتقدم الصناعة والعلوم والفنون، وتنوع العمل وتعدد طرقه مما لم يكن له مثيل فى العصور الماضية.

ولما كانت هذه القيود قد قررت بقوانين وضعية متعددة ومختلفة بحسب اختلاف البلاد العربية واختلاف بيئاتها ، فإن دراسة هذه القيود تعد دراسة قانونية من صميم الدراسة القانونية التى لسنا بصدد دراستها، ولذا فإن دراستنا ستقتصر على دراسة ما جاء فى الشريعة الإسلامية من هذه القيود مقارنة بمثلها فى القوانين العربية، وإن كانت تلك القيود تناولتها الأسس العامة الشرعية لتقييد الملكية بما تقتضيه المصلحة العامة للمجتمع.

والقيود من هذا النوع فى الشريعة الإسلامية منها قيود ترجع إلى ذات الحق، فيظهر أثرها فى تحديد طرائق استعماله وتعيين ضروب الانتفاع به، كما فى الطريق الخاص أو المروى الخاص يكون لغير صاحبه أن يمر منه أو يروى منه،

فليس لمالكهما أن ينتفع بأرضهما فى زراعتها أو بالبناء عليها، ومنها قيود لاترجع إلى ذات الحق ولكن ترجع إلى استعماله والانتفاع به، فيظهر أثرها فى حال دون حال، كأرض يملكها صاحبها وسط المساكن فإن له أن ينتفع بها كما يشاء، على ألا يسلك فى الانتفاع بها سبيلا يضر غيره، كأن يتخذها مصنعا للحديد أو للفحم فيؤذى الجيران بما ينبعث منه من الدخان ليلا ونهارا، وبما يسمع من طرق يمنع الهدوء والسكون والنوم، أو أن يقيم على حد من حدودها جدارا لا غرض له من إقامته إلا الإضرار بجاره يسد عليه نوافذه ويمنع عنه ضوءها ونحو ذلك من ضروب الاستعمال التى لا يقصد منها إلا الضرر.

وعلى هذا الأساس يتضح الفرق بين سوء استعمال الحق والتعسف فيه، وبين تجاوز حدوده الشرعية فى استعماله، وهو تمييز له أثره فى النتائج والآثار المترتبة على كل منهما، ذلك لأن تجاوز الحدود الشرعية للحق يخرجه عن أن يكون حقاً، ولا يعد ذلك إلا اعتداءً واستعمالا لما ليس حقا. أما التعسف فى استعمال الحق فإنه لا يخرج الحق عن أن يكون حقا وإن عد مخالفة لأمر عام يتناول نطاقه استعمال الحقوق وغيرها! وهذا ما يعرف بنظرية سوء استعمال الحق أو التعسف فى استعماله، وهى إنما تكون عندما يكون الحق مشروعا واستعمل استعمالا لم يمنع منه إلا عارض أجنبى عنه محظور، عرض لهذا الاستعمال فجعله محظورا، ولولا هذا العارض كان استعماله جائزا مشروعا، وذلك كالانتفاع بالأرض المملوكة فى إقامة جدار على حافتها ساتر لها، فإنه استعمال مشروع ويعد ثمرة من ثمرات امتلاكها، ولكن إذا صاحب ذلك إرادة مالكها فى إقامته بقصد الإضرار بغيره دون أن يكون له مبرر فى إقامته كان ذلك من قبيل التعسف فى استعمال الحق، وكذلك إذا كان لإنسان أرض كان من ثمرات تملكها أن يكون الانتفاع بها مقصورا عليه، فإذا منع جاره عند حاجته من إمرار الماء فيها ليروى أرضه كان ذلك فى ذاته استعمالا مشروعا، ولكن إذا صاحب ذلك أن ليس لأرض جاره طريق لديها إلا ذلك وإن شق مروى فى أرضه لذلك الغرض لا يضر به بل ربما نفعه كان منعه من ذلك تعسفا فى استعمال حقه، إذ أضر بغيره دون أن يكون له من وراء ذلك منفعة أو دفع مضرة.

أمـا تجاوز حـدود الحق فـإنما يكون إذا كان الانتـفـاع المطلوب منه انتـفاعـا محظورا فى جميع حالاته، نظرا لوضع ذلك الحق، كمـا هو الحال فيما ذكرناه فى الطريق الخاص

وهذا التمييز وإن بدا سليما واضـحا، إلا أنه قد يبدو قاصرا عند التطبيق فى كثير من الأحوال التى يـدق التمييز بين ما يعد قيدا فى الحـق ذاته وما يعد قيدا فى استعماله، من ناحية أن القيد فى الاسـتعمال قد لا يعدم النظر إليه على أنه قيد فى الحق، ومن هنا جاء الخلاف فى كثير من مسائل الخروج عن القيود التى جاءت بها الشريعة بالنظر إلى مـا رتب عليها من أحكام، وإن عد الخروج عن القيـود بنوعيها مخالفة وعصيانا.

ولدقة التطبـيق وعدم وضوح الفرق بين الحـالين بسبب أن الفقـهاء لم يعنوا ببيان نظرية التعسف العناية التى تقوم على أفرادها بـالشرح والتفصيل والنظر فيها، كمـوضوع مسـتقل تبحث فـيه جمـيع قواعدهـا وأسانيدها وشـروطها ومجـالاتها ومعاييرها وطرائق تطبيقها ومـا يترتب على المخالفة فيها من آثار وأحكام، فإنه من المفيد أن نبدأ بعـرضها عرضا عاما مناسـبا للموضوع ومستـمدا من الفروع والمسائل التى عرض لهـا الفقـهاء، وذلك قبل الـكلام فى بيان القيـود التى ترجع إلى حق الملكية فى ذاته.

نظرية التعسف فى استعمال الحق :

تقوم نظرية التـعسف فى اسـتعمال الحـق على الأسس الإسلاميـة فى تقرير الحقـوق، وهى الأسس التى ذكـرناها فيـما سبق دالـة على أن شرع الحـقوق فى الشريعة الإسلامـية إنما كان لمصلحة المجتمع ولمصلحـة الإنسان، بالنظر إلى أنه فرد من أفراده ولبنة من لبناته، فى صـلاحه صلاح مجـتمعه، وعلى مـبادئ الأخلاق الإسـلاميـة الفاضلة الـتى جاء بهـا الدين من العـدل والمساواة والإحـسان واتبـاع المعروف وتجنب الطغيان والجـور والفساد، وعلى عدد من القواعد الشرعـية العامة التى أقرتها الشـريعة؛ لتحقيق الغرض المتـقدم، وهى قواعد تضمنتهـا أحكامها فى المجالات المتعددة المختلفة، قصدا إلى إيجاد مجتمع مثالى متكامل سليم صالح، مما سنشير إليه فيما يأتى.

وبناء على ذلك يجب أن يكون استعمال الحقوق سبيلا إلى تحقيق المصالح وجلبها، وإلى دفع المفاسد وتجنبها، سبيلا يقوم النظر فيه إلى المجتمع أولا، وإلى الفرد ثانيا باعتباره جزءا منه. فإذا ما كان فى استعمال المالك حقه ضرر بغيره وجب أن يوازن بين مصلحته المشروعة التى أرادها والمضرة التى تترتب على استعماله له، فإن رجحت مصلحة المالك سلم له حقه، وإن رجحت مضرة غيره قيد حقه بما يدفع المضرة.

ويبدو من النظر فى أقوال الفقهاء أن ما يترتب على استعمال المالك لحقه من الضرر بغيره قد يكون ضررا محقق الوقوع، وقد يكون ضرراً يغلب على الظن وقوعه، وقد يكون ضررا لا يغلب على الظن وقوعه، ثم هو مع ذلك قد يكون ضررا كبيرا، وقد يكون قليلا، وقد يكون ضررا مقصودا قصد إليه من أراد من الملاك استعمال حقه، وقد يكون غير مقصود لم تتجه إليه إرادة المالك المستعمل لحقه، كما يبدو أنهم عندما تتعارض المصالح والمفاسد فى هذه الأحوال يعمدون إلى مراعاة تطبيق القواعد الشرعية الآتية وهى :

١ - الضرر يزال.

٢ - يتحمل الضرر الأخف لدفع الضرر الأشد.

٣ - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام، أو يجب تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة.

٤ - دفع المفاسد مقدم على جلب المصالح.

٥ - الضرورات تبيح المحظورات.

والأمر المتفق عليه عند الفقهاء أن الضرر إذا كان نادر الوقوع أو قليلا تافها لم يترتب على ذلك تقييد حق المالك فى استعماله حقه، إذ هو صاحب حق بلا ريب، وما كان له هذا الحق إلا لمصلحة غالبة رعاها الشارع، ولا يضير ذلك أن يكون وراء ذلك فى أحوال نادرة ضرر بغيره أو ضرر قليل أيا كان وضعه، إذ المصالح دائما مشوبة بالضرر، وليس منها ما تمحض نفعا، ولم يعتبر الشارع فى مقرراته وتشريعاته إلا المصلحة الغالبة، دون نظر إلى ما كان منها نادرا أو قليلا، وبناء على ذلك يكون استعمال المالك باقيا على أصله مشروعا.

وكذلك اتفق الفقهاء على أنه إذا لم يدع المالك إلى استعمال حقه إلا قصدا لضرر بغيره، دون أن يكون له مصلحة أخرى يطلبها وجب عليه الكف، وعد معتديا بإقدامه على الإضرار بغيره باستعماله لحقه، سواء أكان الضرر الذى يصيب غيره من ذلك محقق الوقوع أم مظنونه، وذلك لأن الضرر يجب دفعه ومنعه لقوله (ﷺ) : «لا ضرر ولا ضرار». ولكن إذا صاحب ذلك القصد طلب منفعة من المستعمل لحقه وكان له محيص عما أراد سلوكه للإضرار بغيره وجب عليه ألا يسلك هذا الطريق، تجنبا للإضرار بالغير؛ إذ له عنه مندوحة، وإلا لم يكن له من غرض فى سلوكه إلا الإضرار بغيره، وذلك ما يجب تجنبه. أما إذا لم يكن له منه بد وكان فى حاجة إلى استعمال حقه وفى الإقدام عليه ضرر بغيره، فإن كان عاما كان مقدما على حقه، وإن كان خاصا قدم حقه بلا ريب، فهو على بينة من حقه، بينا هو على ظن من حق غيره، على أن من الفقهاء من يرى فى هذه الحال الموازنة بين الضررين، فإذا كان ضرر غيره عظيما ماسا بما هو ضرورى له، بينا يرى ضرره دون ذلك قدم ضرر غيره على ضرره، كالطعام إذا منعه صاحبه لحاجته إليه بحسب العادة، بينما يطلبه غيره، دفعا للهلاك عن نفسه، وذلك ما بنى على قاعدة تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة. وعلى قاعدة تحمل الضرر الأدنى لدفع الضرر الأعظم، ويلاحظ فى ذلك أن الفقهاء يجعلون الضرر الذى يغلب على الظن وقوعه فى حكم المحقق الوقوع، بناء على اعتبار غلبة الظن فى الأحكام الشرعية.

وإذا كان جلب المصلحة أو دفع المنفعة غيرمصحوب بقصد الإضرار بأحد، ولكن يتسبب عنه مع ذلك ضرر بالغير، وكان عاما قيد حق المستعمل، درءا للضرر العام تطبيقا لقاعدة : يتحمل الضرر الخاص دفعا للضرر العام، إذا كان ذلك الضرر محقق الوقوع أو مظنونا وقوعه. وأما إذا كان الضرر المتوقع خاصا يغلب على الظن وقوعه، فالحكم كما تقدم من تقديم مصلحة المستعمل على مصلحة غيره، لأن حق المالك قوى ثابت مأذون فيه لمصلحة غالبة فلا يقوى على دفعه ضرر دونه فى المنزلة، وقد يوازن فى هذه الحال بين الضررين، كما تقدم فيقدم الأقوى والأشد ضررا.

أما إذا كان الضرر المتوقع كثيرا، ولا يغلب على الظن وقوعه، وليس بالأمر النادر، فقد اختلف النظر : نظر أبو حنيفة والشافعى إلى أصل الحق والإذن فيه، فذهبا إلى تقديم مصلحة المستعمل وحقه. وذلك بناء على أن العلم بوقوع الضرر أوالظن الغالب به غير ثابت، وحق المستعمل ثابت بيقين فلا يقوى على رفعه إلا يقين مثله أو غلبة ظن تقارب اليقين، ورجح مالك وأحمد جانب الضرر بالغير لكثرته؛ لأنه إذا كان كثيرا غير نادر الوقوع وجب الاحتياط لدفعه، إذ دفع المضرة مقدم على جلب المصلحة، ويقول الشاطبى فى هذا المقام : الشريعة مبنية على الاحتياط، والأخذ بالحزم والتحرز عما عسى أن يكون طريقا إلى مفسدة.

وإذا لم يلحق المالك فى منعه من استعمال حقه ضرر فإن كان مترفها فى استعماله دون قصد إلى الإضرار بالغير ودون علم به والتفات إليه، فإنه وقد قصد إلى ما يجوز له أن يقصده شرعا يكون له حقه جائزا له فى استعماله وإن ترتب على استعماله ضرر بغيره قطعى الوقوع، أما إذا كان على علم بلزوم الضرر لغيره فعند ذلك يقوم فى منعه من استعمال حقه مظنة قصد الضرر بالغير؛ لأنه وقد أقدم على استعمال حقه لغير داعية مصلحة يطلبها دون أن يلحقه ضرر بالترك فاعل لأمر مباح لا يتعلق بفعله نفع له، وفيه ضرر بغيره قد يرى أن ليس له داعية إلى ذلك إلا قصد الإضرار بغيره فيمنع لذلك.

على هذا الوضع صيغت نظرية التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة الإسلامية منذ كان لهذه الشريعة وجود، فكانت معينا لما صدر فيها من القوانين الوضعية فى البلاد العربية.

ومن البيان المتقدم يمكن استنتاج المعايير التى يقوم عليها اعتبار استعمال المالك لحقه من قبيل التعسف فيه عند الفقهاء مع غض النظر على ما بينهم من خلاف فى بعض الفروع، وهذه المعايير هى :

١ - إذا لم يقصد المستعمل لحقه سوى الإضرار بغيره.

٢ - إذا كانت مصلحته التى يبتغيها من استعماله حقه تتعارض مع مصلحة عامة أو مصلحة خاصة تفوقها بحيث ترى مصلحة قليلة الأهمية ولا تتناسب ألبتة مع ما يصيب غيره من ضرر عظيم بسببها، ولم يكن ذلك الضرر نادر الوقوع.

٣ - إذا كانت المصلحة التى يبتغيها المالك من استعمال حقه تؤدى إلى الإضرار بغيره ضررا فاحشا بينا، وكان فى استطاعته تحقيق مصلحته بطريق آخر لا يؤدى إلى هذا الضرر.

٤ - إذا كان الضرر المترتب على الاستعمال عظيما محتمل الوقوع، وليس بالأمر النادر على ما ذهب إليه مالك وأحمد، أخذا بالأحوط وبسد الذريعة، خلافا لأبى حنيفة والشافعى.

٥ - إذا كان المالك على علم بترتب الضرر الفاحش وكان فى استعماله لحقه مترفها لا يلحقه ضرر من تركه، وأقدم مع ذلك عليه.

وبالنظر فيما يرى أنها جامعة لما ذهبت إليه القوانين الوضعية فى هذا الموضوع من أحوال وزائدة عليها، ولقد تأثر الفقه الغربى بهذه النظرية فاقتبس منها فى حدود تختلف ضيقا وسعةً، بحسب اختلاف البلاد الغربية، وحلت فى كثير من القوانين الغربية التى كانت ولا تزال معينا ومستمدا لما وضع من قوانين فى بعض البلاد العربية.

ففى سنة ١٩٤٨ صدر القانون المدنى الجديد فى الجمهورية العربية المتحدة فأخذ واضعه بعض أحكام هذه النظرية من الشريعة، وذلك فى مادته الخامسة التى نص فيها على أن استعمال الحق فى الأحوال الآتية غير مشروع :

(أ) إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.

(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

(جـ) إذاكانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

وكذلك جاءت المادة (٦) مدنى سورى مطابقة لها، والمادة ٢/٧ مدنى عراقى والمادة (٥) مدنى ليبى، وتنص المادة (١٢٤) من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، على أنه يلزم بالتعويض من يضر الغير بتجاوزه فى أثناء استعماله حقه حدود حسن النية، أو الغرض الذى من أجله منح هذا الحق.

والمعيار الأول يفيد أن يكون الغرض الأساسى من استعمال الحق هو الإضرار بالغير، وعليه فلا بغير من وجه المسألة أن تتحقق مع ذلك منفعة عرضية لم تكن مقصودة، ولا أن يكون هذا القصد مصحوبا بنية جلب منفعة إذا كانت هذه النية عاملا ثانويا لم يدفع إلى الاستعمال.

وقد يرى بناء على ما تقدم أن ذلك محل خلاف بين التشريعين، أما عدم مشروعية المصلحة التى يرى صاحب الحق إلى تحقيقها من استعماله حقه فقد يكون أقرب إلى أن يعد تجاوزا لحدود الحق لا عسفا فى استعماله.

قيود الجوار : الجوار الجانبى :

الجوار قد يكون جانبيا، وهو الناشئ عن ملاصقة الحدود، وقد يكون رأسيا، وهو الناشئ عن التعلى، ولكل من الجوارين قيود تقيد المالك فى تصرفه وانتفاعه بما لا يترتب عليه ضرر بين بجاره، إذ القاعدة فى ذلك أن للمالك فى الحالين أن يتصرف فى ملكه كيف شاء، وأن ينتفع بملكه الانتفاع الذى يريد ما لم يضر ذلك بجاره ضررا بينا غير معتاد، وإلا كان ضامنا لما يترتب على ذلك من ضرر.

والتزام المالك بذلك فى الجوار الجانبى محل خلاف بين الفقهاء، فأبوحنيفة[1]، لا يرى أن يتقيد المالك فى ملكه لأجل مصلحة جاره، فإن مقتضى الملك التام أن يكون للمالك الاختيار فى انتفاعه بملكه وفى تصرفه فيه على الوجه الذى يريد ما دام خالصا من تعلق حق غيره به، ولذا كان له أن يفتح فيه ما يرى من نوافذ، سواء أطلت على جار أم لم تطل، تكشفت بها نساؤه أم لا، وأن يعلى بناءه وأن يبنى فوقه كما يشاء، منع ذلك الضوء والشمس عن جاره أم لا، وأن يحول داره إلى مصنع أو متجر، وأن يحفر فيه من آبار وبالوعات ترتب على ذلك ضرر بجاره أم لا، وإلى هذا ذهب الشافعى وهو رواية عن أحمد[2]، لأنه تصرف فى ملكه الخاص ولم يتعلق به حق غيره، كما لو طبخ فى داره فآذى دخان طبخه جاره أو خبز فيها، فقد جاء فى نهاية المحتاج [3]:

---

(١) الفتاوى الخانية ، جـ ٢، ص ٣٨٣، هامش الفتاوى الهندية.

(٢) الفتاوى الخانية، جـ ٤، ص ٣٩٢.

(٣) الفتاوى الخانية، جـ ٥، ص ٥١.

«إن لمالك الجدار أن يفتح فيه الكوات والشبابيك ولو لغير الاستضاءة؛ لأنه تصرف فى ملكه، ولا فرق بين أن يشرف منها على حريم جاره أو لا؛ لتمكن الجار من دفع الضرر عن نفسه، وذلك ببناء سترة أمام الكوات، وإن تضرر من ذلك بمنع الضوء الآتى منها أو النظر، ولأن صاحب الجدار لو أراد هدمه ورفعه لم يمنع منه فأولى ذلك نقض بعضه.

وعدم إلزام الجار بالامتناع عن ذلك وعن كل ما يضر بجاره قضاء عند من ذهب إلى ذلك لا يعفيه من الإثم والجريمة الدينية، والمسئولية الخلقية؛ ذلك لأن رعاية الجار والإحسان إليه من الفضائل الخلقية التى حض عليها الكتاب الكريم، وأمر بها سيد المرسلين، فقد قال تعالى فى سورة النساء: ﴿**وبالوالدين إحسانا وبذى القربى واليتامى والمساكين والجار ذى القربى والجار الجنب والصاحب بالجنب وابن السبيل**﴾.

وقال رسول الله (ﷺ): «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره». وقال: «والله لا يؤمن - قالها ثلاثا - قالوا: من يارسول الله؟ قال: «الذى لا يأمن جاره بوائقه».

وذهب المتأخرون من فقهاء الحنفية ومنهم مشايخ بلخ، والمالكية، والحنابلة إلى وجوب تقييد الجار فى تصرفه وانتفاعه بملكه بما لا يضر جاره ضررا بينا غير معتاد، لقوله (ﷺ): «لا ضرر ولا ضرار» ولأن الناس لسوء أخلاقهم وضعف دينهم تركوا ما أوجبه الله عليهم خلقا وأدبا من رعاية جانب الجار، فوجب حملهم على ذلك بسلطان القضاء، وإلا عمت الفوضى والفساد. وقد روى هذا عن أحمد فقد جاء فى الشرح الكبير[1]،: «وليس للجار أن يتصرف فى ملكه بما يضر جاره، كأن يبنى حماما بين الدور أو يفتح مخبزا بين العطارين أو دكان قصارة يهز الجدر ويوهنها، أو يحفر بئرا إلى جانب بئر جاره، ليجتذب الماء منه، كما يمنع من الصعود على سطحه إذا ترتب على ذلك الإشراف على دار جاره ورؤية نسائه، إلا أن يبنى سترة، كما يمنع من الدق الذى يهدم الحيطان وينثرها»، وجاء فى كشاف القناع[2]،: «ويمنع من أن يجعل ساحة له بجوار جاره مرمى للقاذورات

(١) الفتاوى الخانية، جـ ٥، ص ٥١

(٢) الفتاوى الخانية، جـ ٢، ص ٢ وما بعدها.

والقمامات ومن كل ما يضر بجاره بحفر كنيف أو بالوعة أو إنشاء حمام وإحداث حدادة أو قصارة، أو نصب رحى، أو حفر بئر ينقطع بها ماء بئر لجاره، ونحو ذلك من كل ما يؤذى ، فإن فعل كان منعا لما يحدث من ضرر».

وفى بيان الضرر عند المقيدين اختلاف مرجعه فيما يظهر إلى اختلاف الأعراف والعادات فى البلاد، فقد جاد فى المادة (١٢٠٠) من المجلة العدلية، يدفع الضرر الفاحش بأى وجه كان - مثلا لو اتخذ فى اتصال دار دكان حداد أو طاحون، ومن طرق الحديد ودوران الطاحون يحصل وهن للبناء، أو أحدث فرنا أو معصرة، ولا يستطيع صاحب الدار السكنى فيها، لتأذيه من الدخان ورائحة المعصرة، فهذا كله ضرر فاحش ويدفع ويزال بأى وجه كان، وكذا لو كان لرجل عرصة متصلة بدار آخر فشق منها نهرا إلى طاحونه وجرى الماء فيه يوهن جدار الدار، أو اتخذ أحد فى أساس جدار جاره مزبلة وإلقاء القمامة يضر الجدار فلصاحب الجدار تكليفه برفع الضرر، وكذلك لو أحدث رجل بيدرا فى قرب دار آخر، وبمجىء الغبار منه يتأذى صاحب الدار حتى لا يطيق الإقامة فيها، فله أن يكلفه رفع ضرره. كما لو أحدث رجل بناء مرتفعا بالقرب من بيدر رجل آخر فسد مهب الريح عنه فإنه يكفه رفعه للضرر الفاحش، كذلك لو أحدث رجل دكان طباخ فى سوق البزازين، وكان الدخان يضر بأمتعة الجار ضررا فاحشا فإنه يكلفه رفعه. وجاء فى المدة (١٣٠٢) : رؤية المحل الذى هو مقر النساء، كصحن الدار والمطبخ والبئر يعد ضررا فاحشا، فإذا أحدث رجل فى داره شباكا أو بناء جديدا، وجعل له شباكا مطلا على مقر النساء فى دار جاره الملاصق أو الذى يفصل بينهما طريق فإنه يؤمر برفع الضرر ويجبر على ذلك إما ببناء حائط أو بوضع ما يمنع النظر، ولكن لا يجبر على سد الشباك بالكلية. وفى كتاب البهجة شرح التحفة ص ٢١٦ ، جـ ٢، مثل ما تقدم، وزاد عليه أن من الضرر أن يفتح بابا مقابلا لباب جاره فيشرف منه عليه أو يقطع عنه مرفقا من إنزال أصحابه ومربط دابته ونفض الحصير على باب داره فيتضرر جاره من غباره، وحفر مرحاض أو بالوعة بجوار جدار جاره، أو إحداث إصطبل للدواب بجوار جدارجاره، إلى آخر ما ذكره من أنواع الضرر التى تتفق جميعها فى إحداث ضرر غير معتاد ولا مألوف يتاذى منه الجار فلا تسلم له سكناه ولا تطيب.

وقد نص الحنفية على أن الممنوع من ذلك هو ما كـان حادثا بعد الجوار، أما ما كان قبل الجوار فلا يمنع منه، وعليـه إذا ما تملك شخص بجوار مصنع قائم أو مدبغة أو نحـو ذلك أرضا بناها منزلا لم يكن له حق فى الشكاية من ضـرر يلحقه بسبب ذلك، لأنه هو الذى أقدم عليه طواعية واختيارا.

ونتيجة ما تقدم من بيان أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى القاضى بتقييد المالك بالقيود التى رأوها من مقتضيات الجوار ولوازمه، بحسب العرف والعادة، وتناولتها الأوامر الشرعية الآمرة بالإحسان إلى الجار وأمنه وعدم الإضرار به ليس فى الواقع إلا تطبيقا لقـاعدة عامة تشمل الجار وغيـره، وتتناول حق الملك وغيره، وهذه هى القاعدة التى جاء بها قـول رسول الله (ﷺ) : «لا ضرر ولا ضرار». وكان المرجع فى بيان الضـرر وتحديد معاييـره العرف والعادة. وكـان الجار المالك بناء على ذلك مسئولا عما يؤدى إليه استعماله لملكه من ضرر فاحش يصيب جاره.

ولقد ظفر هذا النـظر الشرعى والاتجاه العادل باهتمـام وبحث وتحليل، حين تطورت الحياة الاجـتماعيـة، وازداد النشاط الاقتصادى ، وتنوعـت وسائل العمل والإنتاج بسبب اكتشاف البخار والكهرباء، واختراع الآلات وانتشار المصانع والمحال العامة المختلفة الأغراض، والمعامل الكيماوية المتعددة الأنواع، وغير ذلك مما ينبعث منه الضجيج والدخان والروائح الكريهة والأصـوات المزعجة، وغير ذلك مما يؤذى الجار ويقلق راحته، وأدى إلى وضع اللوائح والقـوانين لتلافى أضرارها وتخفيف أذاها، فكان من آثار هذا البحث والنظر تحديد المسئولية عند انتشار ضررها ومساسه بالجيران وبيان أساسها، وهل هو مـجاوزة الحدود الموضوعة لحق الملكية، أو الخطأ الشخـصى، أو فكرة التضامن الاجتـماعى، أو هو كل ذلك على حسب اخـتلاف الأحوال.

وأخيرا حـين صدر القانون المدنى الجديد فى مصـر سنة ١٩٤٨ رأى واضعه أن يجعل أساس ـ المسئـولية التزامًا قانونيًا بعدم مجـاوزة الحدود الموضوعة لذلك، فقـد نص فى المادة (٨٠٧) منه على إلزام المالك بألا يغلو فى استـعمال حـقه إلى حد يضـر بملك جاره، وليس للجار أن يرجع على جـاره فى مضار الجـوار المألوفة التى لايمكن تجنبها، وإنما له أن يطلب إزالة هـذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف،

على أن يراعى فى ذلك العـرف وطبيـعة الـعقـارات وموقع كل منهـا بالنسبـة إلى الآخر، والغـرض الذى خصـصت له، ولا يحول الترخـيص الصادر من الجـهات المختصـة دون استعمال هذا الحق، وبهذا النص جـاءت المادة (٧٧٦) مدنى سورى والمادة (٨٢٦) مدنى ليبى، وبمثل هذه الأحكام صدر القانون اللبنانى.

والقاعـدة العامـة فى ذلك هى أن يكون للمـالك مطلق التصـرف فى ملكه والانتـفاع به فى حـدود المتعـارف المألوف، وعلى من يتجـاوز ذلك من الملاك أن يتحمل ما يتـرتب على ذلك الاستعمال المتجاوز فـيه من تعويض عن الأضرار التى تلحق الجيران، وعلى الجيران أن يتحملوا ما يترتب على استعمال الملاك المجاورين فى حدود العرف مـن مضايقات وأضرار لا يسـتطاع بحسب العادة تلافـيها. وعلى ذلك فليس للمـالك أن يغلو فى استـعمـاله حقه إلى حـد يضر بجـاره ضررا غـير مـا وف ولامعـتاد، وإلاكـان مسـئولا عن آثار هذا الضـرر، إذ إن العدالة تقـضى بحماية الجار من الضرر الفاحش الذى يصيبه من استعمال جاره، والضرر الفاحش هو ما لايحتمل عادة وينكره العرف.

من هذا يظهر أن المسـئولية فى جـميع القوانين العـربية قد أسست وأقـيمت على التزام قانونـى، هو التزام الجوار الذى نص عليه فى المواد السـابقة التى أشرنا إليها، وهو التـزام قضت به الشريعة الإسلامـية، كما أشرنا إلى ذلك فيـما سبق، وعليه فليس يرى بين الشريعة الإسلامية وما شرعته القوانين فى البلاد العربية كبير فرق، إذ كان الأساس فيها جميعـها واحدًا، وإذا حدث خلاف فلا يتجاوز التطبيق تبعا لاختلاف الأعراف والتقدير.

ويلاحظ أن القـانون العراقى كان فى صـياغـته فى هذا الموضـوع أقرب إلى الصياغة الفقهية الشرعيـة، واقتبس أحكامه من أحكام الشريعة الإسلامية إذ جاءت المادة (١٠٥١) منه بالنص الآتى :

١ ـ لا يجـوز للمالـك أن يتصـرف فى ملكه تصـرفا مـضـرا بالجار ضـررا فاحشا، والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثا أم قديمًا.

٢ ـ وللمالك المهدد بأن يصيب عقاره ضـرر من جراء حفر أو أعمال أخرى تحدث فى العـين المجاورة أن يطلب اتخاذ كل ما يلزم لاتقـاء الضرر،

وله أيضا أن يطلب وقف الأعـمال أو اتخاذ ما تدعو إليـه الحاجة من احتياطات عاجلة ريثما تفصل المحكمة فى النزاع.

٣ ـ وإذا كان أحد يتصرف فى ملكه تصرفا مشروعا، فجاء آخر وأحدث فى جانبه بناء وتضرر من فعله ، فيجب عليه أن يدفع ضرره بنفسه.

وهذه الأحكام قـد تضمنتـها المواد (٥٧، ٦٠، ٦١، ٦٢، ٦٣) من مـرشد الحيران ما عدا ما تضمنته الفقرة الثانية فهى من مقتضيات القواعد العامة.

وتقتضى الفقرة الثالثـة من المادة المذكورة ألا يكون للجار الجديد الذى جاور من المبانى والمـنشآت القائمـة ما تنبعـث منه بعض الأضرار، بحسب طبـيعـة عمله ووضعه حق فى الشكاية مما قـد يصيبه منها، لأنه هو الذى أقدم طواعيـة واختيارا على أن وضع نفسه هذا الوضع، فكان راضيا بما يمسه ومتنازلا بذلك عن حقه فى الشكوى.

وقد كان هذا المبدأ محل بحث فى الفـقه وأمام المحاكم، فذهب رأى إلى أن الأسبقية فى الـتملك أو فى الاستعمال تعصم من المسئـولية، فإذا بنى مالك منزلا للسكنى بجوار مـصنع قائم فليس يحق له أن يتضـرر ويشكو من ضرر يصيـبه من هذا المصنع. وبهذا الرأى أخذت محكمة الاستئناف الوطنية فى حكمها الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٢٧ - المحاماة ٨ ـ ٤٨٩- ٢٢٦، وذهب رأى آخر إلى خلاف ذلك فأوجب على المالك القديم أن يراعى وجود جار جديد بجواره فيلتزم بما تلزمه به قيـود الجوار، وذلك بناء على أن إلزام الجـار بهذه القيـود والحدود إلزام مطلق غيـرمقيـد بقيد القـدم أو الحدوث، وإذا لم يكن الجار القـديم، أى المالك القديم ملزما بشىء من تلك القيود والحدود، لعـدم وجود من له الحق فى الاستفادة منها فإنه يصبح ملتزما بها عند وجود صاحب الحق فـيه. ويميل الأستاذ الدكتور الصدة إلى تصويب هذا الرأى قـائلا : إنه يضع المالك اللاحق فى التملك أو الاستـغلال أمام واحد من أمرين : إما أن يختار نوع الاستـغلال الذى اختاره من سبقه، وإما أن يتحـمل المضار الفاحشـة دون أن يكون له حق الشكوى، ولهذا رفضه الـقضاء وانتقـده الفقه، وذلك لأن الأسبـقية لا يكون لهـا هذا الأثر فى هذا الشأن إلا إذا كانت أسبـقية جماعيـة، بحيث يكون من شأنها أن تحدد طبـيعة الحى، وذلك بأن يعمد عدد كبير من الملاك إلى استعمال ملكياتهم بطريقة واحدة فيه.

وفى رأيى أن التزام الجار بمراعاة جيرانه وعدم مسهم بضرر، هل هو حق خاص يجوز لهم أن يتنازلوا عنه أو هو حق عام لا يجوز التنازل عنه؟ يرى الفقهاء الشرعيون أنه حق خاص لصاحبه أن يتنازل عنه، ومن ثم كان إقدام مالك على إقامة منزلة بجوار مصنع رضا منه بما قد يصيبه من ضرر هذا المصنع وأذاه، وعليه يكون بذلك متنازلا عن حقه، لعلمه بالضرر وإقدامه عليه، ولم يكن صاحب المصنع عندئذ مخالفا ولا متجاوزا حقوقه، ولكن إذا زاد الأذى وتفاحش الضرر عما كان عليه كان له عند ذلك حق الشكوى؛ لعدم رضاه عندئذ بما استجد من ضرر.

الجوار الرأسى :

الجوار الرأسى أو العلوى يكون بين بناءين أحدهما يعلو الآخر، وذلك بأن توجد دار متعددة الطبقات، وعلوها لمالك وسفلها لمالك آخر، وهذا وضع يجعل للعلو حق القرار على السفل، كما بينا فيما سبق عند كلامنا على مدى حق الملكية، ويسمى حق القرار فى هذه الحال بحق التعلى.

وهذا الحق لا يثبت عند الحنفية إلا نتيجة لبيع علو قائم بناؤه على سفل ولا يثبت نتيجة لبيع حق التعلى بدون بناء قائم على بناء آخر، لأن بيع حق التعلى استقلالا غير تابع لبناء مستقل غير صحيح عند الحنفية، كبيعه على بناء مزمع إقامته ولم يوجد بعد؛ إذ لا يعد حق التعلى عندهم مالا، وتمليكه فيما يرون ليس إلا تمليكا للهواء المستعلى على البناء، وتمليك الهواء باطل لعدم استقراره ولعدم ماليته، وذهب المالكية والحنابلة إلى جواز تمليكه استقلالا، كما يجوز تمليكه تبعا لتمليك البناء المستعلى على بناء آخر، فإذا ملك استقلالا فإنه يتحدد حينئذ بحدود ما سيعلو من البناء الموجود إن كان هناك بناء يراد استعلاؤه أو بحدود ما سيقام من البناء الذى سيكون سفلا له بعد وصفه وبيانه وبيان العلو ووضعه بيانا لا يؤدى إلى النزاع عادة[1].

وحق التعلى حق دائم لا يسقط بانهدام كل من العلو أو السفل ولا يهدم أحدهما، ويجرى فيه التوارث فينتقل بالوراثة إلى ورثة مالكه.

---

(١) كشاف القناع ، جـ ٢، ص ١٩٧.

وإذا انهدم العلـو كان لصاحـبه ولورثتـه من بعده تجديده، وليـس لصاحب السفل أن يجبرهم عـلى إعادته على الصحيح؛ لأنه لا منفعة له مـعتبرة فى ذلك. وإذا انهدم السفـل فانهدم بانهدامه العـلو فعلى صاحب السفل إعـادته، فإذا أعاده علاه صاحب العلو ببنائه، ويجبر على إعـادته عند الحنابلة؛ ليتمكن صاحب العلو من انتفاعه[1].

ويرى الحنفية أن السفل إذا انهدم فجدده صاحبه علاه الآخر بالبناء عليه دون أن يكون له حق الرجوع على صاحب العلو بقيمة ما انهدم من علوه، أو نقص إذا كان انهـدام السفل من غـير تعد من صـاحبـه، أما إذا كان بتـعد منه فـإنه يضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط من بنائه.

ولسقوط السفل على الجملة حالتان :

الحالة الأولى : أن ينهدم السفل بغـيرتعد من صاحبـه، كأن يسقط بزلزال أو لوهن تسبب عن بلاه، وعند ذلك لا يجـبر صاحبه على إعادته، إذ لا يجـبر إنسان على عـمارة ملكه، ولم يكـن منه تعد على حق صـاحب العلو حـتى يجبـر على إحيائه خلافا للحنابلة إذ رأوا إجباره على ذلك.

فإذا لم يعده صاحب السفل كان لصـاحب العلو أن يعيد ما سقط من السفل بإذن صاحبه أو بإذن القاضى إذا ما أباه علـيه صاحب السفل، فإذا أذن بإعادته من أحدهما فأعاده رجع على صاحب السفل بكل ما أنفق فى إعادته؛ لأنه بالإذن صار وكيـلا عنه فى الإنفاق على إعادته، أمـا إن كان الإذن من صاحب السفل فـالأمر ظاهر إذ ليس الإذن إلا توكيلا، وأمـا إن كان من التقاضى؛ فلأن القـاضى قد قام مقام صـاحب السفل فى إصدار هذا الإذن بما له من ولاية عـامة فى رفع المظالم، وقد كان امـتناع صاحب السفل من الإعادة ومن الإذن بها ظلمـا يجب رفعه، وإن أعاده صاحب العلو من غير استئذان بعد أن امتنع صاحب السفل من إعادته، ففى حكم ذلك اختلف نظر الفقهاء.

ذهب الحنفيـة إلى أنه يعد متـبرعا ما لم يمنـعه من الاستئـذان عذر، وعلى ذلك يكون ما يجـدده من السفل ملكا لصاحب السـفل، ولا يرجع عليه بشىء مما أنفق عليـه إذ كان فى إمكانه أن يسـتأذن ولم يفعل، وإذا صـار ما أعـاده صاحب

---

(١) المرجع السابق، جـ ٢، ص ٣٠٤.

العلو ملكا لصاحب السفل على وجه التبرع له به لم يجز لصاحب العلو أن يمنعه من الانتفاع به، إذ لا يمنع مالك من أن ينتفع بملكه.

وأما إذا منعه من الاستئذان عذر من الأعذار فلا يعد فى هذه الحال متبرعا لاضطراره حينئذ إلى إحياء حقه والانتفاع به بإعادة السفل، ويكون السفل حينئذ ملكا لصاحب العلو يستبقيه فى يده، كرهن عنده له أن يستغله حتى يدفع إليه صاحب السفل ما يعوضه ويصير السفل بذلك ملكا له، وقد اختلف النظر عندئذ فيما يطالب به صاحب السفل عوضا عن إعادته، أيطالب بقيمته أم بما أنفق على إعادته من نفقات

ذهب بعض الحنفية إلى أنه إنما يطالب بقيمته وتعتبر قيمته وقت تسليمه إلى صاحب السفل؛ لأنه وقت التملك، وذهب بعض الحنفية إلى أنه إنما يطالب بما أنفق على إعادته من نفقات؛ لأنه يعتبر عند العذر كالمأذون شرعا فى إعادته؛ لأنه قد بناه تحت عامل اضطراره، وذلك كاف فى اعتباره حكما بمنزلة الوكيل عن صاحب السفل فى الإعادة، وليس فى ذلك إضرار بأحدهما، فصاحب العلو يتمكن من الوصول إلى حقه بلا عنت وصاحب السفل يتملك السفل بما أنفق عليه، كما فى البدائع.

وهذا الرأى يقتضى أن يكون السفل فى هذه الحال ملكا لصاحب السفل وإنما يستبقيه صاحب العلو فى يده وثيقة إلى أن يؤدى إليه ما أنفق.

وفى الخانية: إذا سقط البنيان من غير هدم، قال أبو حنيفة: لا يجبر صاحب السفل على بناء السفل. إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه وإقامته، ويقال لصاحب العلو: ابنِ السفل أنت فإذا بناه لم يكن متبرعا، ويكون السفل فى يده حتى يؤدى قيمة السفل، ومعنى ذلك فيما يظهر أن صاحب السفل لا يجبر على الإعادة، كما لا يجبر على الإذن لصاحبه بالإعادة؛ لأن عدم جبره على الإعادة يستلزم عدم جبره على الإذن بها، وعندئذ إذا أعاد صاحب العلو بناء السفل من غير إذن فقد أعاده تحت اضطراره إلى إحياء حقه فلا يكون متبرعا به؛ ولكن هل يكون ملكا لصاحب العلو أو ملكا لصاحب السفل؟ الظاهر من إلزامهم صاحب السفل بأداء قيمته لا بأداء ما أنفق عليه من المال أنهم يرونه ملكا لصاحب العلو، ومن ثم كان لصاحب السفل أن يتملكه بقيمته[1].

---

(١) راجع الخانية على هامش الهندية، جـ ٣، ص ١٠٩، ١١٥.

إذ لا محل لإلزامه بما ينفقه، وقد يكون من ذلك ما هو نتيجة مغالاة وتساهل من صاحب العلو عند الإعادة فلا يلزم به صاحب السفل، وقد علمت فيما سبق أن من فقهاء الحنفية من ذهب إلى أن صاحب العلو، إذا أعاد السفل فى هذه الحال بدون إذن ولم يمنعه مانع من الاستئذان عد متبرعا، ومعنى ذلك أن اضطراره إلى إعادة حقه لا يمنع من اعتباره متبرعا، وهذا ما قد يدل على أن المنقول عن أبى حنيفة مقيد بصدور الإذن لصاحب العلو بالبناء، غير أن ذلك يستتبع إلزام صاحب السفل بما أنفق على الإعادة لا بالقيمة، فلعل فى المذهب رأيين فى إعادة السفل بغير إذن عند انعدام العذر: رأى يرى أن ذلك يعد من قبيل التبرع ما دام أن الإذن كان مستطاعا، ولم يحاول صاحب العلو الحصول عليه، ورأى يرى أنه لا يعد فى هذه الحال متبرعا؛ لاضطراره إلى إحياء حقه، ولكن هل اضطراره إلى إحياء حقه يمنعه من أن يحصل على الإذن بالإعادة ؟

وإذا ما أعاد صاحب العلو السفل فصار ملكا له على ما تقدم بيانه فإنه يكون لصاحب السفل أن يتملكه باعتباره تابعا لأرضه، ويتمكن حينئذ جبرا عن صاحب العلو بقيمته على ما بينا، وقد اختلف الرأى حينئذ فى القيمة التى تجب عليه، ذهب بعضهم إلى أنه يتملكه بقيمته وقت بنائه؛ لأنه يستحق تملكه على صاحب العلو من هذا الوقت، وقال آخرون: يتملكه بقيمته وقت الرجوع عليه به؛ لأنه وقت التملك، وهذا هو الأصح المختار للفتوى[1]. وإذا أراد صاحب العلو أن يتملك الأرض من صاحب السفل فى هذه الحالة بدون رضاه لم يكن له ذلك؛ لأن الأرض أصل، ولا يكون الأصل تابعا لفرعه وهو البناء، كما فى الخانية.

الحالة الثانية : أن ينهدم السفل بفعل من صاحبه، وفى هذه الحال يجبر صاحب السفل على إعادته؛ لتعديه، ويضمن لصاحب العلو قيمة ما سقط من علوه قائما، فإن أعاده صاحب العلو فى هذه الحال بلا إذن اعتبر متبرعاً لإقدامه على فعل يستطيع أن يلزم ذا الشأن فيه بتنفيذه، وذلك بالرجوع إلى القضاء بخلاف الحالة الأولى، وإنما يعد متبرعا إذا لم يصدر منه ما يدل على أنه إنما بنى غير متبرع، بل لنفسه، مثل أن يشهد على ذلك، فإن فعل كان البناء له وكان شأنه شأن

(١) راجع رد المحتار آخر كتاب الشركة.

مستحق السكنى إذا قام بعمارة الدار الموقوفة على سكناه فيكون ما يبنيه ملكا له ولصاحب الأرض أن يتملكه إذا أراد طبقا للقواعد، وإذا ما كان السفل الذى أقامه صاحب العلو ملكا لصاحب السفل، كان لصاحب العلو أن يمنعه عن سفله حتى يؤدى إليه ما عليه، فإذا امتنع كان لصاحب العلو أن يستغله بإذن القاضى على أن يحتسب غلته مما وجب له على صاحب السفل(١).

ويرى الحنفية أن ما يكون من سقف بين علو وسفل له يكون ملكا لصاحب السفل؛ لأنه جزء منه ومتمم له، ولا يعد مسكنا إلا به، وإنما يكون لصاحب العلو حق الانتفاع به والقرار عليه.

ولوجود الجوار بين صاحب السفل وصاحب العلو كان تصرف كل منهما بملكه وانتفاعه به مقيداً على ما تقدم فى الجوار الجانبى بما لا يضر بصاحبه، فلا يزيد صاحب العلو فى بنائه بما يوهن بناء صاحب السفل ولا يفتح صاحب السفل فى بناء نوافذ تضعف من بنائه فتجعله غير قادر على تحمل بناء العلو.

وقد قسم الفقهاء التصرف الذى يصدر من كل منهما ثلاثة أقسام :

الأول : التصرفات التى تضر أحدهما ضررا محققا، كأن يهدم صاحب السفل بعض جدره أو بعض عمده أو يبنى صاحب العلو بناء لا يقوى السفل على حمله، وهذا النوع ممنوع على كل منهما، فإذا فعله أحدهما كان ضامنا لما يترتب على فعله من تلف.

الثانى : التصرفات التى لا يترتب عليها ضرر بأحدهما، كدق مسمار فى جدار، وقيام أحدهما بمد أسلاك الكهرباء فى بنائه، وهذا النوع جائز لكل منهما دون اعتراض عليه من الآخر.

الثالث : التصرفات التى يشك فى نتائجها فلا يدرى على وجه العلم أيحدث منها ضرر أم لا، كأن يقوم صاحب السفل بفتح نافذة فيه، أو يقوم صاحب العلو بوضع أثقال فيه، وهذا النوع يجوز لكل منهما مباشرته عند أبى يوسف ومحمد خلافا لأبى حنيفة.

---

(٢) راجع الخانية.

ويرجع الخلاف فى ذلك إلى اختلافهم فى الأساس الذى يرجع إليه فى الحكم على تصرف كل منهما.

فعندهما أن الأصل فيه هو الإباحة؛ لأن كلا منهما يتصرف فى ملكه فلا يمنع من تصرفه إلا إذا وجد المانع منه وهو الإضرار بحق غيره على وجه التحقيق، ولذا منع مما يضره، ولم يمنع من غيره، وهو ما جهل أثره وما علم عدم ضرره.

وعنده أن الأصل فيه هو المنع، لأن كلا منهما يتصرف فى ملك تعلق به حق غيره فلا ينفذ تصرفه إلا إذا تحقق عدم الإضرار بحقه، ولذا منع مما يضر ومما جهل أثره ولم يمنع مما علم عدم ضرره.

وبناء على ذلك فالتصرفات التى يشك فى نتائجها غير جائزة عنده، لعدم التحقق من وجود المسوغ، وهو عدم الضرر بالغير قطعا [1].

ويلاحظ أن التشريع الوضعى فى البلاد العربية لا يكاد يختلف عما ذهب إليه فقهاء الشريعة فى أحكام السفل والعلو إلا فى أمور فرعية يسيرة، دعا إلى الخلاف فيها اختلاف الأعراف، وإرادة تنظيم الانتفاع المشترك حتى لا يترتب عليه الإضرار بحقوق بعض الشركاء ضررا غير مألوف، وعلى هذا كانت الشريعة الإسلامية أساسا فيما بنت عليه هذه الأحكام فى البلاد العربية، وبخاصة فى الجمهورية العراقية. فقد أقرت ملكية الطبقات فى القانون المدنى المصرى، وفى غيره من القوانين العربية، كالقانون المدنى السورى، والقانون المدنى الليبى والقانون المدنى العراقى، كما أقرتها القوانين اللبنانية، ونص فى المادة (٨٥٦) مدنى مصرى وما بعدها إلى المادة (٨٦١) على اشتراك ملاك الطبقات فى ملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين جميع ملاك الطبقات، على أن يكون نصيب كل مالك فيها بنسبة قيمة ما يملك، وعلى أن ليس له أن يتصرف فى نصيبه من ذلك تصرفا مستقلا عن الجزء الذى يملكه، وذلك ما لم يوجد فى سندات

---

(١) ارجع إلى شرح البهجة ، جـ ٢، ص ٣١٥، ففيه بيان واف عن ضرر الجار وحكمه فى أحواله المختلفة.

الملكية مـا يخالف ذلك، ونص فى المادة (٨٥٧) على أن استعـماله وانتفاعـه بهذه الأجزاء المشتركة يجب ألا يحول وألا يضر باسـتعمال الآخرين، كما نص فى المادة (٨٥٨) على أن نفقات هذه الأجـزاء وصيانتها تكون على جميـع الشركاء كل بقدر قيـمة ما يملك مـا لم يوجد اتفاق بينهم بما يـخالف ذلك، وفى المادة (٨٥٩) على إلزام صاحب السفل بالأعمال والترميـمات اللازمة لسفله حذرا من سقوط العلو، وأجبر القـاضى عند امتناعه أن يأمر ببيع السـفل أو يأذن لصاحب العلو بذلك على نفقـة صاحب السفل، كمـا ألزمت المادة (٨٦٠) صاحب السفل بإعـادة سفله عند انهدامه فـإذا امتنع كان للقاضى كـذلك أن يبيع السفل لمن يعـيده أو يأذن صاحب العلو بإعادته على نفـقة صاحب السفل، وفى هذه الحالة يجـوز لصاحب العلو أن يمنع صاحب السـفل من الانتفاع به حتى يؤدى مـا فى ذمته لصاحب العـلو، كما يجوز لصاحب العلو أن يحـصل على إذن بإجارة السفل أو بسكناه استيـفاء لحقه، وليس لصاحب العلو أن يـزيد فى ارتفاع بنائه أو يبنى بناء آخر مـعه، م (٨٦١)، كما لا يجوز له وضع أثقال يخـشى منها على السفل، وإلى هذا كله ذهب القانون الليـبـى فى مـواده من (٨٦٠) إلى (٨٦٥) والقـانون الـسـورى من (٨١١) إلى (٨١٦) والقـــانون المدنى العــــراقى من (١٠٨٢) إلـى (١٠٨٦). ويلاحظ أن التشريع فى هذه البلاد العـربية جميعها قد ألزم صاحب السـفل منذ انهدامه بإعادته إلى الحال التى كان عليها فلم يفرق بين ما إذا كان انهـدام السفل نتيجة اعتداء عليه من صاحبه أو نتيجة لما ليس له فيه يد، كزلزال أو نحو ذلك. بخلاف ما ذهب إليه الحنفـية فى ذلك، إذ لم يلزمـوا صاحب السـفل بإعادته إلا عند تـعديه وسقـوطه نتيجـة لذلك. أما إذا سقط بلا تعد فلم يلزموه بإعـادته بناء على أنه لا يلزم إنسان بعـمارة ملكـه، وإنما جعلوا لصـاحب العلو أن يعـيـده إذا أراد على الوضع الذى شرحناه فيما سـبق، ولاشك أن هذا أقرب إلى العدالة؛ إذ لا يرهن الإنسان بما لم يكن له فيه يد، ولكن إذا أراد صاحب العلو إحياء حقه أعاده على حساب صاحب السفل على أن يؤجره ويستغله مع حصـوله على الإذن بذلك من القضاء فى سبيل استيفاء حقه.

قيود الإرفاق أو الارتفاق [1] :

مما تتقيد به ملكية العقار أن يتقرر عليه حق لمنفعة عقار آخر بعينه، دون نظر إلى شخص مالكه، وذلك بناء على سبب من الأسباب التى سنذكرها فيما يأتى، فيكون العقار الذى تكرر عليه الحق مرتفقا به، والعقار صاحب هذا الحق مرتفقًا، ويسمى الحق الذى تقرر لثانيهما على أولهما حق ارتفاق، وهو حق لا ينظر فيه إلى مالكى العقارين، بل يثبت لأحدهما على الآخر مع كونهما مملوكين لشخصين، أو مملوك أحدهما دون الآخر أو غير مملوكين، ويكون مقررا للعقار المرتفق على العقار المرتفق به يتبعهما من يد إلى يد مهما اختلفت الأيدى، ومهما اختلفت الأملاك، ولايتأثر باختلاف المالكين ولا باختلاف المنتفعين.

وهذا النوع من الحقوق هو ما يسمى فى لسان الفقهاء الآن بحقوق الارتفاق، وهى حقوق المرور ، والشرب، والمجرى، والمسيل ونحو ذلك مما يثبت ويتقرر لعقار على آخر، وهو ما سنعرض لبيانه وبيان أحكامه.

وقد عرف (قدرى باشا) حق الارتفاق فى كتابه «مرشد الحيران»، بأنه حق مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر مملوك لشخص آخر. م (٣٧) وهو تعريف لم يسبق به فيما أعلم فقيه آخر، وإن لم يخرج به عن المعنى الذى ذهب إليه الفقهاء فى بيان هذا النوع من الحقوق، وهو بهذا المعنى لا يتناول إلا ما كان لعقار على عقار آخر، فلا يتناول ما يكون لبناء على بناء، ولا لبناء على عقار، لا لشخص على عقار أو على بناء أو على شخص آخر، وكذلك عرفه بعض القانونيين بأنه تكليف مرتب على عقارمعين لمنفعة عقار معين آخر مملوك لغير مالك العقار الأول، ويقوم هذا التكليف على تخويل شخص حق استعمال العقار المرتفق به، أو حرمان صاحب هذا العقار من استعمال بعض حقوقه.

ويلاحظ أن هذا النوع من الانتفاع يختلف عن النوع الآخر منه الذى يثبت للأشخاص بالنظر إلى ذواتهم وأشخاصهم بما يأتى :

(١) الارتفاق لغة الاتكاء على مرفق اليد، بكسر فسكون ففتح، أو بفتح فسكون، والارتفاق أيضا الانتفاع، يقال ارتفقت بالشىء اى انتفعت به، والإرفاق النفع، يقال أرفقت فلانا إذا نفعته. وقد استعمل المالكية اسم الإرفاق فى إعطاء شخص منافع عقاره لآخر، وكذلك وصف بعض الفقهاء بعض الحقوق التى تتعلق بمنافع العقار وتثبت لعقار آخر بأنها حقوق ارتفاق.

أولا ـ أن حق الارتفاق إنما يكون مقررا لعقار بخلاف حق الانتفاع فإنه يكون مقررا لشخص، فحق المرور من أرض إلى أخرى حق مقرر للأرض الثانية، ولذا ينتفع به كل من يريد الوصول إليها على أنه حق لهذه الأرض دون أن يقتصر الانتفاع به على شخص معين بخلاف حق انتفاع الموصى له بمنفعة أرض، فإنه خاص بشخصه ينتفع به على أنه من حقوقه على الوجه المشروع وينتهى بوفاته، ولذا كان من البين أنه حق تنقص به قيمة الأرض المرتفق بها، ولما ذكر كان للمنتفع به حق التتبع ولا يمكن فصله عن العقار المتعلق به.

ثانيا ـ أنه دائما يكون مقررا على عقار بخلاف حق الانتفاع، فإنه يكون متعلقا بعقار، وكما فى أرض أعيرت أو أوصى بمنفعتها، وقد يكون متعلقا بمنقول كما فى كتاب أعير.

ثالثا ـ يرى فيه الحنفية أنه حق دائم غير مؤقت بوقت ينتهى بانتهائه، فهو دائم بدوام ما تعلق به، ولذا يتبع العقار المرتفق به والعقار المرتفق أينما انتقل، فلا يزول بتغير المالك ولا ينتهى بوفاته، ويرى بعض الفقهاء المالكية أنه يقبل التوقيت، فيجوز أن يقرر لعقار على آخر فى مدة معلومة ينتهى بانتهائها.

رابعا ـ أنه لازم بالنسبة إلى مالك العقار المرتفق به فلا يملك إنهاءه، وإبطاله، بخلاف حق الانتفاع فإنه قد يكون غير لازم لمالك العقار المتعلق به، فيملك إبطاله، كما فى حق مستعير الأرض فإن لمالكها حق إنهائه.

خامسا ـ أنه بالنسبة إلى صاحب العقار المرتفق به حق سلبى، فليس يطلب منه بإزائه الا يتعرض لصاحبه فى انتفاعه به دون أن يقوم بعمل شىء، بخلاف حق الانتفاع فإنه يطلب ممن التزم به إما القيام بعمل أو الامتناع عن عمل كتسليم الكتاب المعار إلى مستعيره، أو الامتناع عن معاوضة الموصى له بمنفعة الأرض فى انتفاعه بها.

وهو حق معنوى لا ينشأ إلا بين عقارين اختلف مالكهما؛ لأنهما إذا كانا لمالك واحد كان انتفاع أحدهما بالآخر ثمرة من ثمرات الملكية، ولا يشترط فى وجوده تلاصق العقارين. بل يجوز أن يكون لعقار على عقار آخر غير ملاصق له من المرور أو حق الشرب أو المجرى.

وقد تدق التفرقة عند إنشاء الحق فيتردد النظر بين اعتباره حق ارتفاق واعتباره التزاما شخصيا، وعند ذلك يجب التزام صدر من صاحبه مراعى فيه قيامه شخصيا به، لاينتقص به ملكه ويتقيد بشخصه، والتزام أريد به الحد والانتقاص من عناصر ملكه، ففى الحال الأولى يكون الالتزام شخصيا، وفى الحال الثانية يتقرر به حق ارتفاق متعلق بعقار الملتزم ولا يتقيد بحياته، والأمر فى ذلك يرجع إلى ظروف كل نزاع وتقدير القضاء تبعا لذلك، فمن اشترى أرضا من آخر على أن يزرعها قصب سكر، لتوريده لمعمل السكر الذى يملكه بائع هذه الأرض المشتراة، فليس يتولد عن هذا العقد حق ارتفاق على هذه الأرض، لأن الالتزام فيه التزام شخصى محض، ولكن إذا اشتراها على أن يترك بجوار العمل جزءا منها ليعد مطرحا لفضلات القصب تولد عن هذا الالتزام حق ارتفاق المعمل على هذه الأرض بجمع فضلاته وتخزينها فى جزء منها.

أسباب ثبوت هذه الحقوق :

أولا ـ الشركة العامة ، فمرافق البلد العامة، كطرقها وأنهارها ومصارفها عليها حقوق ارتفاق لكل عقار متصل بها، فلكل منزل أشرع بابه إلى طريق علم حق ارتفاق عليه هو حق المرور، ولكل أرض زراعية اتصلت بمروى علم حق ارتفاق عليه هو حق الشرب، أو اتصلت بمصرف علم حق ارتفاق عليه هو حق المسيل، ومنشأ هذه الحقوق فى هذه الحال هو الشركة العامة فى هذه المرافق.

ثانيا ـ اشتراطها فى عقد معاوضة، فإذا اشترى شخص أرضا هى جزء من أخرى على أن يكون لها حق شرب أو حق مرور على باقيها كان للمبيع حق المرور أو حق الشرب تنفيذا للشرط.

ثالثا ـ الالتزام بها من مالك الأرض المرتفق بها على وجه التبرع عند المالكية، فيلزم به المتبرع بناء على التزامه، سواء أعطاه على الأبد، وعند ذلك يكون مؤبدا، أم أعطاه إلى مدة وعند ذلك يتوقف وينتهى بانتهائها، وفى هذه الحال لا يجوز له عندهم أن يرجع قبل انتهائها.

رابعا ـ الإلزام بها شرعا أو قانوناً : فمن الحال الأولى ما حدث به مالك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أن الضحاك بن خليفة ساق خليجا له من العريض

(أى ساق قناة من مسيل ماء بقرب المدينة) وكان بين هذه القناة وأرض الضحاك التى يريد ريها أرض لمحمد بن مسلمة، فأراد الضحاك أن يمر بالقناة فمنعه محمد ابن مسلمة، فاحتج عليه الضحاك قائلا له: لم تمنعنى ولك فى القناة منفعة تشرب منها أولا وآخرا، ولا يضرك مرورها، وأرضى فى حاجة إليها؟ فأبى محمد عليه ذلك فشكاه الضحاك إلى عمر بن الخطاب، فسأله عمر : لم تمنعه ولك فيها منفعة تسقى منها أولا وآخرا وهى نافعة لجارك ولا تضرك؟ فقال محمد : لا والله لا تمر، فقال عمر : لتمرن ولو على بطنك، وأمر عمر الضحاك أن يمر بها ففعل، وذلك نتيجة كما يظهر لثبوت حق ارتفاق على أرض محمد بن مسلمة لأرض الضحاك بحكم الشرع[1].

ومن الحالة الثانية ما تقرره القوانين من حقوق الارتفاق مراعاة للمنفعة العامة أو لمصلحة الأفراد، مثل ما يكون منها للتمكن من الوصول إلى شواطئ البحار وضفاف الأنهار، ومثل القيود الموضوعة على المالكين المجاورين للطرق العامة بعدم البناء على مسافة معينة منها. والقيود الموضوعة على ملاك العقار فيما يختص بصرف مياهه إلى المصارف العامة ومرور مصارف هذه المياه فى الطرقات.

ومما ينبغى ملاحظته أن فقهاء الشريعة الإسلامية لا يفرقون فى الحكم ولا فى الوضع بين حق انتفاع مقرر على عقار لمنفعة عقار آخر بنص قانونى وحق تقرر بإرادة مالك العقار المرتفق به، ففى الحالين يسمون هذا الحق حق ارتفاق وحكمهما واحد، أما رجال القانون فيجعلون حالة ثبوت الحق بنص قانونى من حالات حق الملكية، وبيان نوعها الناشئ عن وجود الملك فى ظرف معين بينه القانون، فكان معياراً عاما وبيانا لكل ملكية توجد فى هذا الظرف، بينما يرون أن حق الارتفاق ليس إلا عبئا استثنائيا على الملكية يتقرر بإرادة صاحبه ولا يتناول سواها.

خامسا ـ وقد ينشأ حق الارتفاق نتيجة لوضع العقارين المرتفق به والمرتفق بحسب الطبيعة، بأن يكون العقار المرتفق أعلى من العقار المرتفق به فيسيل ماء العقار المرتفق إلى العقار المرتفق به، كمياه الارتشاح ومياه الأمطار. فى مثل هذه الحالة يثبت للعقار المرتفع حق الصرف على العقار المنخفض بحكم الطبيعة.

---

(١) ارجع إلى الباجى ، شرح الموطا، جـ ٦، ص ١٥

سادسا - القدم وذلك عند الجهل بسبب الحق، والقدم فى الواقع ليس منشأ للحق، ولكن حين يمضى الزمن على حق ارتفاق قائم دون اعتراض من مالك العقار المرتفق به فإن سكوته فى هذه الحال مع مضى الزمن يعتبر منه رضا بالحق وتبرعا به، أو إقرارا له باستناده إلى سبب صحيح يعرفه. والقاعدة أن القديم يبقى على قدمه لظهور أنه كان بناء على سبب صحيح، لبقائه زمنا طويلا دون اعتراض، وذلك ما لم يظهر أنه قائم على سبب باطل وعذر ذلك يزال، واختلفوا فى تقدير المدة التى تمضى على هذا الحق، فقيل أربعة أعوام، وقيل أكثر كما فى التبصرة.

وليست حقوق الارتفاق بمحصورة إذ إنها كثيرة العدد تختلف باختلاف موضوعاتها وأسبابها وما يراد منها، فمنها ما يتعلق بالمياه باستعمالها وصرفها وسقى الأراضى والبساتين، كحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل، ومنها ما يتعلق بتحسين المبانى وتوفير الهواء والشمس لها، كترك الأرض بدون بناء عليها بجوار الطرقات أو بجوار المنازل، كالوصول فى ارتفاع المبانى إلى حد معين دون زيادة عليه، وكعدم إقامة مصانع أو محال مقلقة للراحة فى مكان معين. ومما يتصل بهذا الموضوع بيان أحكام حق الشرب والانتفاع بالماء فى الرى.

حق الشرب :

الشرب بكسر فسكون، النصيب من الماء، ومنه قوله تعالى لثمود فى ناقة صالح : **﴿هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم﴾**[1]. وكذلك يطلق على زمن الشرب، ويستعمله الفقهاء فى المعنيين، فتارة يريدون به النصيب المستحق من الماء، وتارة يريدون به نوبة الانتفاع بالماء، سقيا للشجر أو الزرع، أى زمن الانتفاع به لهذا الغرض.

ويلحق بهذا الحق ما يسمى بحق الشفة، وهو حق الشرب بضم فسكون، والمراد به حاجة الإنسان إلى الماء؛ لشربه وانتفاعه به فى منزله، وشرب دوابه،

---

(١) سورة الشعراء، ١٥٥

وتنقسم المياه بالنسبة إلى هذين الحقين إلى ثلاثة أقسام :

الأول : ماء المجارى العامة التى ليست مملوكة لأحد، كماء الأنهار العظيمة، مثل النيل والترع المتفرعة منه.

وهذه المجارى تعد مرفقا عاما يثبت فيه لجميع الناس حق الشفة، كما يثبت لكل أرض اتصلت به حق الشرب على وجه لا يترتب عليه ضرر بين، فينتفع الناس بمائها، سقيا لأراضيهم وشربا لدوابهم، ونقلا واستعمالا لحاجتهم، سواء أكان ذلك بشق جداول منها فى أرضهم المتصلة بها أم بفتح كوى أو منافذ فى حوافها أو بنصب آلات رافعة عليها، ما دام ذلك لا يضر بسائر الناس باستنفاد مائها، أو بالحيلولة دون حق من حقوقها، لأن ماءها شركة بين جميع الناس، وشركة الناس فيها شركة إباحة لا ملك، لعدم إحرازها فكان الناس فيها سواء، ولكن إذا أحرز شىء من هذا الماء كان ملكا لمحرزه وامتنع بذلك الإحراز على غيره إلا بإذن من مالكه، فمن أخذ ماء من مجراه كان ملكا له، لما رواه أبو عبيد : نهى النبى (ﷺ) عن بيع الماء إلا ما حمل منه، وكان هذا مخصصا لقوله (ﷺ) : «الناس شركاء فى ثلاثة : الماء ، والكلأ، والنار».

الثانى : ماء المجارى والينابيع المملوكة، وهى التى ينفجر ماؤها فى أرض مملوكة، أو التى يحدثها شخص فى ملكه أو فى أرض موات له حق إحيائها، ويرى مالك أن البئر إذا حفرت فى أرض موات لا تكون ملكا لحافرها إلا إذا أشهد على ذلك عند حفرها، ويرى الحنابلة أن الماء إذا سيق من نهر غير مملوك إلى مجرى مملوك كان ملكا لمالك المجرى بسبب حيازة مكانه، أما إذا انفجر الماء فى أرض مملوكة بسبب حفر، فلا يكون مملوكا لمالك الأرض؛ لحديث : الناس شركاء فى ثلاثة. ولكن يكون أحق به من غيره؛ فيأخذ منه حاجته أولا فإذا فضل منه شىء بعد ذلك لم يمنعه عن طالبه، ومثله فى ذلك معادن الأرض السائلة.

ويرى الحنفية أنه إذا انفجرت عين ماء فى أرض مملوكة لشخص كانت العين ملكا له إذا كان مكانها مملوكا له من قبل، وكذلك الحكم إذا شق إنسان فى أرضه مروى خاصا به، وحفر فيها من داره بئرا فلا يكون لغيره ملك فى رقبة المجرى أو البئر، ومثل هذا فى الحكم أن يحفر إنسان بئرا فى أرض موات له حق إحيائها، أو يشق مجرى فيها يصلها بالنهر فإن البئر أو المجرى فى هذه الحالة يكون ملكا للحافر

بحيازته، وهذا هو الفرق بين هذا القسم وسابقه فمكان الماء فى هذا القسم مملوك، ومكانه في الآخر غير مملوك، لغلبة الماء عليـه، والماء فى القسمين غير مملوك لمالك مكانه، بل شركة بين الناس ولا يعد محوزًا بحيازة مجراه لسببين :

الأول ـ أن هذه المجارى والينـابيع إنما أعدت لتكون طريقـا لوصول الماء إلى الأرض المحتاجة إليه، ولم تتخذ فى العادة وسيلة لحيازته، ومثل الماء فيها مثل طير اتخذ له عـشا فى دار إنسان، وليس وجـوده فيه سببـا لحيـازة صاحب الدار إياه، فكذلك الماء فى هذه المجارى.

الثانى ـ غلبـة الماء فيـها إلى درجـة تحـول دون حيـازته إذ إن جريانه فـيهـا باستمرار مع تنوعه ورشحه على الدوام ما دام الأخذ منهـا مستمرا يجعلها كمجرى متـصل بالنهر، وذلك لاتصال مـائها بماء الأرض بواسطة العـين أو بماء النهر الذى تتفرع منه، فكان منبعـها شبيها بالكوة فتحت فى حـافة النهر، لينصب الماء منها فى مجرى فلا يعـد بذلك محوزًا. ويضاف إلى هذين السببـين أن الحاجة إلى ماء هذه المجارى والينابيـع متجـددة دون انقطاع، لطلبه من المارين والمسـافرين، وليس فى الأخذ منهـا ضرر بأصحابهـا، وفيه حـياة المحتاج إليـها وحيـاة راحلته، فكان من المصلحة أن يكون مبـاحا لا يمنع منه أحد ما دام لم يلحق بأصـحاب هذه المجارى والآبار ضـرر من ذلك، وذهب كثـير من المالكيـة إلى أن ماء هذه الأمـاكن يكون مملوكا لمالكها؛ لحيازته إياه بواسطتهـا، فقد نقل عن ابن رشد : ماكان من الماء فى أرض مملوكة، سـواء منه ما كان مسـتنبطاً مثل عين يسـتخرجـها أم غير مـستنبط، فمالك الأرض أحق به ويحل له بيـعه، وله أن يمنع الناس منه إلا بثمنه إلا أن يرد عليه قوم لا يستطيعون دفع ثمن له، ويخشى عليهم الهلاك إن منعوا منه فحق لهم ألا يمنعوا منه فإن منعوا كان لهم أخذه بالقوة.

وفى العـقد المنظم أن الماء إذا كـان يسيل من الجـبال فى أرض مـوات فهـو مشترك، وإن كان يسيل أو ينبع فى أرض مملـوكة فهو لصاحب الأرض يرسله متى شاء ويمنعه متى شاء. أ. هـ.

وهذه المجارى إن أحـدثها شخص فى ملكه، ليـرويه منها ثم باع منه بعـضه مع حقـوقه ومرافقـه، فإن الأرض المبيعـة يكون لها حق من شرب عليـها دون أن يكون للمشترى ملك رقبتها.

ذلك مـا يتعـلق بحق الشرب، أمـا مـا يتعـلق بحق الشفـة فـإنه لا يخص الشخص دون آخـر، فيكون لكل محـتاج أن يأخذ من مـاء هذه المجارى والينابيع حاجتهم لشربهم وشرب دوابهم واستـعمالهم المنزلى، ولا يجوز أن يسقوا أرضهم منه، لما فى ذلك مـن الضـرر بأصـحـابهـا، وذهب مـشـايخ بلخ إلـى حظر نقله للاستعمال المنزلى؛ لأن ذلك قد يأتى على أكثـره فيضر بأصحاب الحق فيه، وعلى أية حال فإن الأساس فى ثبـوت هذه الحقوق على مجارى المياه والانتـفاع بها عدم الإضرار بسائر أصحـاب الحقوق، ولصاحب الحاجة أن يسلك إليها مـا يعترضه من أرض لأصحابها أو لغيرهم إذا لم يكن له طريق إليها سوى ذلك، ولم يجد حاجته من الماء فى غيـره من الأنهار والمجارى العـامة، وليس لأصحـاب الأرض منعه من سلوكها إلا أن يخـرج إليه منها حاجتـه من الماء، وإلا أجبر على ذلك، كمـا يجبر على إعطاء مطالبه عند الحاجة إليه إذا ما منعـه من غيرحق، حتى كان لطالبه إذا ما اضطر إليه أن يقاتل عليه؛ محافظة على حياته.

الثالث ـ الماء المحوز، وهو ما حازه صاحبـه فى آنية أعدت لذلك، كالحياض والصهاريج، ويعد هذا الماء ملكا لمحرزه، شـأنه شأن كل مال مباح يملك بإحرازه، وعلى ذلك فليس لأحد أن ينتفع بهـذا الماء إلا بإذن من مالكه، ولكن عند العطش وخوف الهلاك منه يجب بذله؛ دفعا للهلاك متى كان مالكه غير محتاج إليه؛ لدفع الهلاك عن نفسه، ويقاتل مالكه عليه إذا منعه من غير حق، ولكن بغيرسلاح حتى لا يؤدى ذلك إلى قـتل إنسان حـال دفاعـه عن ماله فـإذا أخذه كـان عليه ضـمان قيمته.

ذلك ما يتعلق بأحكام المياه ونظام الانتفاع بهـا فى الشريعة الإسلامية، وهى أحكام عـامـة أسسـت على أساس تـوفيـر المصلحـة ومنع الضـرر، أمـا الأحكام التفصيلية فإنـها تختلف باختلاف البلاد وأوضاعها وأعرافهـا، وذلك بحسب طبيعة أرض كل بلد ومـوارد المياه فـيه، وذلك مـا وضعت لتنظيـمه فى كل بلد قـوانين ولوائح روعى فـيها حـال كل بلد بما يكفل العـدالة وحسن التـوزيع والنظام ودفع الضرر، ومن ثم كـانت جميع هذه الأحكام فى تفصـيلها مطابقة لما أقرته الـشريعة الإسلامية من قواعد وقيود محـققة لما هدفت إليه من أغراض وما قصدت إليه من مـصالح، وليس المقـام مـقام دراسـة لقانون الـرى والصرف الذى صـدر فى سنة

١٩٥٣؛ لأن ذلك من خصائص العاملـين الفنيين فى هذا المجال، وإنما الذى يعنينا أن نشير إشارة إجمالية إلى ما يتعلق بقيود الملكية التى نص عليها فى القانون المدنى المصرى، فقد استمدت منه القوانين فى البلاد العربية أحكامها، ولم تخرج عنه إلا بسبب اختلاف الحال فيها بالنسبة إلى الأرض ومنابع الماء ووسائله عن أمثالها فى مصر.

وعماد الرى فى مصر النيل، والترع العامة، وكذلك المصارف العامة، وقد نص فى قانون الرى والصرف على أن كل مجرى معد للرى أو الصرف تكون الدولة قائمة بنفقات صيانته، ويكون مدرجا بسجلات وزارة الأشغال أو فروعها؛ ترعة عامة أو مصرفا عاما، حسب اختلاف الأحوال، وكذلك ما تنشئه الدولة من هذه المجارى بوصفها ترعة عامة أو مصرفا عاما وتدرجها فى سجلاتها بهذا الوصف، كما يجوز أن يعتبر أى مصرف خاص أو مسقاة خاصة عاما بمرسوم ينص فيه على ذلك، وفى اعتبار هذه المجارى من الأملاك العامة تقرير حق الانتفاع بها على قدم المساواة للكافة، وذلك فى الحدود التى يقررها القانون.

اما ما ينشئه الأفراد فى أراضيهم من المساقى والمصارف فهى ملك لهم، والقاعدة فيها أن لهم وحدهم حق استعمالها، ولكن الشارع أورد فى شأنها قيودا نصت عليها المواد من (٨٠٨) إلى (٨١١) تدل عليها بإجمال على أن من أنشأ مروى خاصا طبقا للشروط والأوضاع التى يقررها القانون يكون مالكا له. وله وحده حق استعماله، وإذا تعدد ملاكه كان لكل مالك أن يأخذ من مائه بنسبة مساحة ما يملكه من الأرض، ولملاك الأراضى المجاورة لهذا المروى أن ينتفعوا به فى رى أراضيهم بعد استيفاء حاجة مالكه منه، وبناء على ذلك تقرر حق الشرب للأراضى المجاورة للمروى الخاصة المملوكة للغير. وقد نصت المادة (١٤) من قانون الرى والصرف على اعتبار الأراضى التى يمر فيها مروى أو مصرف خاص محملة بحق ارتفاق للأراضى الأخرى التى تنتفع بهما ما لم يقم دليل على خلاف ذلك، وهذا ما لا يختلف مع ماذهب إليه فقهاء الشريعة.

ومما يلاحظ أن نفقات صيانة المروى أو المصرف، وحفرهما وإصلاحهما تكون على جميع المنتفعين بهما، بنسبة مساحة أراضيهم المنتفعة مع مراعاة أن قيمة الجزء من الأرض الذى يشغله المصرف أو المروى لا يساهم فيها أصحاب الأراضى

المجاورة التى لا يمر فيها المروى أو المصرف؛ ومن ثم لم يكن لهم ملك فى رقبتهما، وإنما كان لهم حق ارتفاق عليهما.

حق المجرى :

هو حق إجراء الماء المستحق شربا وإمراره فى أرض إلى أخرى لسقيها، وقد يكون هذا الحق مقررا على مجرى فى أرض لشخص؛ لكى يمر الماء منه إلى أرض لشخص آخر، كما قد يكون المجرى فى بعض الأحوال مملوك الرقبة لغير صاحب الأرض التى يمر فيها، وقد يكون لواحد أو لأكثر، وعلى أية حال فليس لصاحب الأرض التى يمر فيها المجرى أن يمنع مرور الماء فيه، ولا أن ينقله من مكانه فى الأرض إلى مكان آخر منها إلا برضا أصحاب الحق فيه، وهذا محل خلاف بين الفقهاء؛ فقد ذهب بعضهم إلى جواز ذلك من صاحب الأرض التى يمر فيها المجرى إذا لم يكن من وراء نقله ضرر وكان فيه منفعة، وقد روى فى ذلك عن عمرو بن يحيى المازنى عن أبيه أنه قال : كان فى حائط (بستان) جدى ربيع (ساقية) أو (مروى) لعبد الرحمن بن عوف فأراد عبد الرحمن بن عوف أن يحوله من مكانه إلى ناحية أخرى من الحائط [البستان] هى أقرب إلى أرض عبد الرحمن بن عوف، فمنعه صاحب الحائط من ذلك، فشكاه عبد الرحمن إلى عمر بن الخطاب، فقضى عمر لعبد الرحمن بن عوف بتحويله حيث لم ير فى ذلك ضررا بصاحب الحائط، وفيه منفعة لصاحب الحق منه وهو عبد الرحمن بن عوف، ومع رواية مالك لهذا الأثر لم يأخذ به، واشترط فى جواز نقله رضا أصحاب الحق فيه، وإلى هذا ذهب أبو حنيفة، وروى عن مالك جواز ذلك وإن أبى أصحاب الحق إذا انتفى الضرر وتحققت المصلحة. وبه أخذ ابن نافع وعيسى بن دينار.

ولصاحب الأرض التى يمر فيها المجرى أن يطالب أصحاب الحق فيه بإزالة الضرر البين الذى يصيبه منه بأية وسيلة من الوسائل ولو استتبع إجراؤها نفقة منهم، ويستتبع حق المجرى حق مرور المنتفع به على حافته؛ لإصلاحه وكريه وإزالة ما يعوق سير الماء فيه.

وهذا الحق لا يثبت إلا بسبب من الأسباب التى بيناها فيما سبق، وقد جاء فى المادة (٨٠٩) مدنى مصرى، و(٨١٨) ليبى، (١٥٨) عراقى، و(٩٠٨) سورى

ما يدل على أنه يجب على مالك الأرض الواقعة بين مجارى المياه العامة والأراضى التى ليس لها طريق إليهـا بأن يسمح بمرور المياه الكافية لرى تلك الأراضى البـعيدة عن موارد المياه، وأن يسمح كذلك بمرور مـياه الصرف الآتية من الأراضى المجاورة لأرضه؛ لتصـب من أقرب مصرف عمـومى متصل بأرضه، بشـرط أن يعوض عن ذلك تعـويضـا عادلا، ومن ذلك يرى أن حق المجـرى قـد قدره القـانون لصـالح الأراضى البعـيدة عن موارد الميـاه وعلى الأراضى التى تفصلهـا عن هذه المصارف العامة، وذلك بإنشاء مـجرى فيها تمر منه مياه الرى أو الصـرف بعد دفع التعويض العـادل عن إنشاء ذلك المجـرى، ولا يشتـرط أن تكون المياه المطلوب مـرورها من أرض الغير ضرورية لدى الأراضى البعيدة، بل يكفى أن تتحقق الحاجة إليها؛ لعدم وجود الماء الكافى لديها على الوضع المعتاد، أما إذا كان لا يوجد طريق آخر يكفى لريها ريا معتاداً فلا يثبت لأصحابها هذا الحق.

ويلاحظ أن أرض الغيـر التى يمر فيهـا المجرى بموجب ماتقدم يثـبت لهاحق الشرب عـليه أو حق الصرف، ولـكن بعد استـيفـاء صاحب المجـرى حقه مـنها، ولاشك أن هذا يتفق مع مـا ذهب إليه الفـقهاء أيضا ممـا دل عليه الأثر المروى عن الضحاك عن خليفة حين أراد أن يشق مجرى فى أرض محمد بن مسلمة.

حق المسيل :

هو حق صرف الماء الزائد على الحاجة أو غير الصالح بإمراره فى مجرى أعد لذلك حتى يصـل إلى مقره من مـصرف أو مسـتودع، وقد يكـون هذا المسيل من ملك خاص بـأن يكون لإنسان حق إمرار مـا يفضل عن منزله أو أرضـه من ملك جاره، كما يكون عاما، وقد يكون ظاهرا على سطح الأرض أو مستترًا فى باطنها، وقد يكون ملكا لصاحب الأرض المار فيهـا، كما يكون ملكا لصاحب الماء الفاضل أو غير الصالح، ويجب على صاحب الحق فيه أن يحول دون ضرره لغيره، وليس يبطل هذا الحق بتـغـير حـال العقـار الذى يمـر فيـه من أرض زراعيـة إلى دار أو نحوها؛ لأنه حق ملازم للعـين كيف كان وضعها، ونفقـات إصلاحه على صاحب الحق فيه، ولذا كـان له الدخول من ملك غيـره لهذا الغرض، وليس لصاحـبها أن يمنعه من ذلك إلا أن يقـوم هو بالإصلاح من ماله، وعلى هذا فـلا يرى فرق بين أحكام المسيل والمجرى، سواء من الناحية الشرعية أم القانونية.

حق المرور :

إنما يعد قيدا فى الملكية حق مرور إنسان فى ملك غيره سواء أكان فى طريق مملوك للغير أم مملوك للماء، ولكنه يخترق أرض غيره، ويعد الطريق فى هذه الحال خاصًا فليس لغير صاحب الحق فى المرور به أن يمر به، وحق المرور فيه يثبت إما لمالكه أو لغير مالكه ممن ثبت له الحق فى أن يمر به بسبب من الأسباب التى تقدم بيانها، وإذا كان الطريق الخاص مملوكا لعدة أشخاص واقتصر حق المرور فيه عليهم كان لكل من الشركاء أن يرتفق به بفتح ما يشاء من أبواب ونوافذ ما لم يضر ذلك بغيره، كأن يفتح عليه نافذة تشرف على دار جاره فيكشف نساءه وعوراته، على ما ذهب إليه جمهور المالكية ومن رأى رأيهم، وليس للشركاء فيه أن يتفقوا على سده أو إزالته؛ لأن فى ذلك اعتداء على حق يثبت لعامة الناس منذ إنشائه وهو التجاؤهم إليه عند الزحام إلا إذا كان عليه باب يحول دون المرور فيه إلا بعد فتحه، فإن وجود هذا الباب يمنع من ثبوت هذا الحق للعامة.

وتقييد حق الملكية بما يترتب على ثبوت حق المرور فى العقار المملوك من أحكام ليس محلا لخلاف بين الشريعة والقوانين من ناحية المبدأ، ولا يختلفان إلا فى التفصيل والتفريع؛ تبعا لاختلاف الأوضاع والأحوال، غير أن الذى يلاحظ أن القوانين فى البلاد العربية قد جعلت للأرض المحبوسة عن الطريق العام أن تحصل على ممر فيما يجاورها من الأراضى للوصول إليه، استثناء مما للمالك من حق فى أن يكون له وحده الانتفاع بما يملك، وذلك منعا للضرر الناشئ من عدم استغلال الأرض عند حبسها، وعدم الانتفاع بها الانتفاع العادى المطلوب منها، حتى يمكن بذلك استغلالها استغلالاً معتادا فى أمثالها، وعلى ذلك فليس يثبت هذا الحق إذا ما أريد منه تحقيق أغراض أخرى فيها، مثل إقامة مبان أو مصانع، وليس يلزم فى هذه الحال أن يكون انحباس الأرض انحباسا كليا، بل يكفى فى اعتبارها منحبسة أن يكون طريق الوصول إليها كافيا للقيام باستغلالها ، كأن تكون أرضا زراعية ليس لها إلا ممر لايسمح إلا لمن يقصدها راجلا دون دابة معه، ويشترط الا يكون هذا الانحباس راجعا إلى فعل مالك الأرض المحبوسة، فإذا نشأ عمل من ناحيته لم يكن له هذا الحق، سواء أكان عملا إيجابيا كإقامة بناء سد به ما كان له من طريق، أم عن عمل سلبى، كأن كان منه ما ترتب عليه سقوط حقه فى الاستطراق إليها

من طريق خاص، وسواء أكان عـملا ماديا كسد الطريق أم عملا قـانونيا، كأن كان نتيجة لقسمة أرضها ولم يراع فيها أن يكون له طريق إليها إذ له عند ذلك أن يطلب الممر في باقي أجـزاء العقار المقـسوم فقط، وقـد جاء هذا الحكم في المادة (٨١٢) مدني مصري والمواد (٩٧٧، ٩٧٨، ٩٧٩) مدني سوري والمواد (٧٤، ٧٥، ٧٦) من تقنين الملكية اللبناني والمادة (١٠٥٩) مدني عراقي والمادة (٨٢١) مدني ليبي.

وليس فيـما اطلعت عليـه من المراجع الفقـهية الإسـلامية تـعرض لمثل هذا الموضوع، ولكنه لا يتنافى مع الأصـول الشرعية التي تقـوم على منع الضرر وعلى منع سوء استعـمال الحق، كما أنه يمكن أن يجعل ما قـضى به عمر رضى الله عنه في أرض محـمد بن مسلمـة من مرور الماء فيـها إلى أرض جاره، لسـقيها أسـاسا للقـضاء في مـثل هذه الحـال بحق المرور في الأرض المجـاورة منعـا للضرر بعـدم استغلالها.

القيود الإرادية :

تكلمنا فيـما مضى على ما يرد على حق الملكيـة من قيود لا ترجع إلى إرادة المالك، مقتصرين على ما عرض له الفـقهاء الإسلاميون من هذه القيود وهي دون ماعـرض له التشـريع الوضعي من حـيث العدد والحـصر، وإن كـان المروى فيـها جميـعها واحدا، وهو منع الضـرر ورفع ما يحول دون قيام الملكيـة بأداء ما يطلب منها في سـبيل المصلحة العـامة والمصالح الخـاصة وذلك هو عمـاد الملك وأساس تنظيمه.

والآن نعـرض في إجمـال للقيـود التي ترد على الملك نتـيجـة لإرادة المالك ومـشيـئتـه، وقـد عنى الفقـهاء ببـيـان ما للملك مـن آثار وأحكام أقرها الشـارع الإسلامي، ورتبها عليه، فكان منها ما جـعلها لازمة له، ومسببة عنه لا تنفك عنه ولا تزايله كالقـدرة على التصرف إلا لمانع، وكالانـتفاع بالعين المملوكـة على وجه الإجمال لا على وجه الشمول والتفصيل بالنسبة لجميع الأوضاع والأحوال، وكان منها مـا جاز شرعاً ألا يـكون أثرا للملك ولا مرتبا عليـه، كالتصـرف بالهبة فيـما يشتريه شائعا ، في عـقار لايقبل القسمة. وكان من نتيـجة ذلك اختلاف الأوضاع في الملك، فـمنه ملك تثبت له جـميـع آثاره وأحكامه، وهو الملك الشـابت بعقـد

الشراء الخالى من الشروط المقيدة، ومنه ملك ليس له كل أحكام الملك وصفاته، كملك أم الولد، إذ ليس لمالكها أن يبيعها، وكملك العين المرهونة وملك الدين وملك الموقوف على القول بأنه مملوك للواقف أو للموقوف عليه، ونحو ذلك مما اختلفت فيه الأوضاع والأحكام من الأملاك، تبعا لاختلاف أسبابها من العقود وما يشترط فيها من شروط اختلف الفقهاء فى صحة اشتراطها، وإلزام المتعاقدين بمقتضياتها، إذ إن من الفقهاء من توسع فى صحة الاشتراط فأجاز كل شرط لم يرد فيه حظر، وألزم به المتعاقدين إذا ما اشترط فى عقد البيع، فثبت للمشترى به ملك مقيد فى المبيع بالنسبة لتصرف المشترى فيه إن قيد بألا يتصرف فيه برهن أو بإجارة، كما إذا اشترى شيئا فاشترط عليه ألا يرهنه أو لا يؤجره، أو بالنسبة لانتفاعه به إن قيد انتفاعه به بنوع من الانتفاع، كمن اشترى أرضا فاشترط عليه ألا يزرعها أو أن يتركها فضاء، أو اشترى بنية فاشترط عليه ألا يرفع بناءها عما هى عليه، فمثل هذه الشروط يرى من الفقهاء من منعها، ومنهم من أجازها، كما إذا اشترى عبدا على أن يعتقه، أو أرضا على أن يجعلها مسجدا، كما يرى أن من الفقهاء من منع اشتراط أى شرط يخالف مقتضى العقد، ومخالفة مقتضى العقد عند هؤلاء تختلف باختلاف أنظارهم، فمنهم من يراها مخالفة للغرض الأصلى الذى من أجله شرع العقد، ومنهم مَن يراها مخالفة لكل حكم يرتبه الشارع على العقد، وبناء على ما ذكر كان ما يترتب على عقود التمليك من الملك مختلف الحكم، من حيث الإطلاق والتقييد، وكانت النتيجة من اختلاف نظر الفقهاء فى جواز الشروط اختلافهم فيما يصح أن تقيد به الملكية من الشروط، وما لا يصح أن تقيد به منها، ويكفينا هذا الإجمال بياناً لما تتقيد به الملكية من قيود ترجع إلى إرادة المالك، وأن هذه الإرادة ليس لها عند الفقهاء السلطان المطلق فى هذا المجال، بل إنها تتقيد بقيود ترجع إلى القواعد العامة، أو إلى العرف أو إلى المصلحة، وبيان ذلك تفصيلا موضوعه عند الكلام على الاشتراط فى العقود.

ذلك ما يتعلق بما ذهب إليه فقهاء الشريعة، أما التشريع الوضعى فى البلاد العربية، فقد عرض لهذا الموضوع على خلاف الصورة التى بحث عنها فى الفقه الإسلامى، إذ نحا الفقه الإسلامى فى هذا منحى عاماً تناول فيه الاشتراط المانع من التصرف بصفة عامة، سواء أكان خاصا بمنع نوع معين من التصرف أم بمنع

التصـــرف مطلقا وناطه بما شرحناه آنفــا، فى حين أن التشريع الوضــعى إنما عرض لهــذا الموضوع فى صــورته الشــاملة المانعــة من التصــرف مطلقــا، فنص فى المادة (٨٢٣) مــدنى مصــرى على أنه إذا تضمن العــقــد أو الوصيــة شرطا يقــضى بمنع التــصرف فى مــال فلا يصح هذا الشــرط ما لم يــكن مبنيــا على باعث مشــروع، ومقــصورا على مدة مــعقــولة. ويكون الباعث مشــروعا متى كــان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للتصرف أو للمتصرف إليه أو للغير، كما نص فى المادة (٨٢٤) على أنه إذا كــان المنع من الــتصــرف الوارد فى العــقــد أو الوصــيــة صحيحا طبقا لأحكام المادة السابقة فكل تصرف مخالف له يقع باطلا.

وعلى ذلك اتجه التشــريع الوضعى إلى إجازة هذا الاشتراط المقــيد للمــلكية تقييــدا يتعارض مع آثارها وأحكامها إذا مــا دعت إليه مصلحة جدية مــشروعة لمن اشتــرطه أو لمن اشتــرط عليه أو للغــير؛ وترك إلى القــضاء تقدير هذه المــصلحة، واعتبارها مبررة لهذا الاشتــراط الاستثنائى، وأوجب مع ذلك أن يكون هذا التقييد لمدة معقــولة، فلا يجوز أن يكون مؤبدا وإلا كان الاشــتراط باطلا؛ لأنه لا يجعل للملكية حينئــذ أثرا يذكر، وللمحكمة تقديــر ما إذا كانت المدة مقبولة ومــعقولة أم لا. أما إذا كان الاشتراط وارداً على نوع خاص من التــصرف دون بقية أنواعه فإنه حينئذ يكون خاضعا للقواعد العامة والخاصة بالاشتراط فى العقود.

قسمة الملكية بالنظر إلى صورتها

ذكرنا فيما سبق[1] أن الملكية تنقسم بالنظر إلى صورتها قسمين :

(أ) ملكية متميزة .

(ب) ملكية شائعة .

وأن المتميزة ما كانت لشخص واحد فى عمل معين شاملة لجميع أجزائه، كملكية دار أو طبقة معينة من طبقات دار ذات طبقات أو قطعة أرض محددة أو دين فى ذمة مدين أو منفعة دار معينة .

وأن الشائعة ما تعلقت بجزء نسبى غير محدد من شىء مملوك لأكثر من واحد نتيجة اشتراك فيه دون إفراز، فكان كل جزء منه مملوكا لأكثر من شخص بنسب معينة كسدس وثلث ونصف سواء أكان ذلك الجزء كبيرا أم صغيرًا، وهذا ما يسمى فى الفقه الإسلامى بالحصة الشائعة فى الشىء المملوك المشترك، وذلك لشيوع هذا الجزء وانتشاره فى جميع هذا الشىء فكان كل جزء منه صغر أو عظم غير مختص بشريك من الشركاء بل يشتركون فيه جميعاً.

وهذه القسمة على اتفاق بين التشريعين الإسلامى والوضع، غير أنه يلاحظ ما بينهما من اختلاف فى المقسم فهو فى التشريع الوضعى حق الملكية، وهو حق لا يصلح أن يكون محلا له إلا العين المشخصة المعينة. فلا تصلح المنافع ولا الحقوق محلا له. وعلى ذلك لا يكون إلا فى عين مشخصة سواء أكان متميزا أم شائعا .

وهو فى التشريع الإسلامى الملك بمعنى الاختصاص الحاجز على ما بينا فيما سبق،وهو يكون فى الأعيان وفى المنافع والحقوق - وعلى الجملة ففقهاء الإسلام يرون أن كل ما يتناوله اسم المال فى اصطلاحهم يصلح أن يكون محلا الملك بنوعيه، وما لايتناوله اسم المال إن كان عينًا لايصلح أن يكون محلا له . وإن كان غير عين كان منه ما يصلح لذلك وهو ما أبيح الانتفاع به كمنافع الأعيان فى رأى الحنفية وغيرها من الحقوق التى أباح الشارع الانتفاع بها. ومنه ما لا يصلح لذلك وهو ما لم يبح الانتفاع به شرعاً.

---

(١) صفحة ٦٧ من الجزء الأول المطبوع سنة ١٩٦٦ .

أما رجال القانون فيرون أن الذى يصلح أن يكون محلا لحق الملكية بنوعيه هو الأعيان المشخصة، ثم هم مع ذلك يرون أن الشيوع ليس عرضا خاصا بحق الملكية بل يكون فى غيره من الحقوق العينية الأخرى كحق الانتفاع فى حالة ثبوته لأكثر من واحد دون تمييز بينهم فى محله، كما إذا أوصى لأكثر من شخص بحق انتفاع فى أرض أو تملك أكثر من واحد بعقد واحد حق انتفاع أرض على وجه الاشتراك. غير أن القانون لم يعن إلا بتنظيم حق الملكية الشائع لأنها الحال الكثيرة المتعددة فى الوجود.

ويلاحظ أن الحق الشخصى وإن كان حقاً مالياً فى نظرهم لا يعدونه عند الاشتراك فيه من الحقوق التى يثبت فيها الشيوع بين الشركاء فيه؛ لأنه بطبيعته يعد منقسماً بينهم إذا ما كان قابلا للانقسام وإلا كان محلا للشيوع. فحق تسلم عين مشتركة بين متعددين إذا ما كانت لا تقبل القسمة حق شائع فيها بالنظر إلى كل شريك فيها، بخلاف الحق فى دين مشترك بين أكثر من واحد فى ذمة شخص واحد. وعلى أية حال فحق الشريك الشائع يرد على الشىء المملوك بنسبة حصته فيه. وإذا لم تبين حصة كل شريك فيه اعتبرت الحصص فيه متساوية. م (٨٢٥) مدنى مصرى، م (٧٨١) مدنى سورى، م (٨٣٤) مدنى ليبى، والفقرة الأولى من م (١٠٦١) مدنى عراقى. وهذا الحكم الأخير هو مقتضى قواعد الفقه الإسلامى إذا لم يكن ثمة أى دليل يدل على ما لكل شريك من الشركاء فى المال المشترك كما إذا اشترك اثنان فى الاستيلاء على صيد مثلا.

ويوجد فى القوانين الجرمانية نظام يسمى بملكية اليد المشتركة، وفيه يكون المال المشترك مملوكا لجميع الشركاء كجماعة دون أن يكون خاضعاً للقسمة بينهم وذلك بسبب الغرض الذى خصص له، وهو ينطبق على ملك الجماعات التى تتمتع بالشخصية الاعتبارية وعلى المشاركة المالية بين الزوجين فى النظم التى توجب هذه المشاركة بينهما فى أموالهما ما داما زوجين، وهو نظام له أحكامه الخاصة به وهى أحكام تخالف أحكام المال المشترك بين أربابه شركة عادية. وهذا النظام لا تعرفه الشريعة الإسلامية ولا قوانين البلاد العربية[1].

(١) الملكية للدكتور الصدة، ص ١٨٨١.

وكذلك مما ينبغى ملاحظته أنه لا يترتب على عقد الشركة فى التشريع الوضعى اشتراك على الشيوع بين الشركاء فى رأس مال الشركة الذى قام كل شريك بدفع جزء منه تنفيذا لعقد الشركة، بل الذى يترتب عليه صيرورة رأس مال الشركة جميعه مملوكا ملكية متميزة للشركة باعتبارها شخصا اعتباريا له ذمة مستقلة عن ذمة كل شريك من الشركاء، ولا يظل ملكا لهم بل ولا يصير مشتركا بينهم على وجه الشيوع بمقدار ما دفعه كل منهم.

أما فى التشريع الإسلامى فقد اختلف الرأى :

١ ـ ذهب فريق من الفقهاء ومنهم الحنفية والشافعية إلى أنه لا يترتب على عقد الشركة بين اثنين أو أكثر اشتراك بينهم على الشيوع فى رأس المال ولا فى حصة أى منهم فيه، بل يبقى مال كل منهم على ملك صاحبه حتى إذا هلك أو فقد كان ذلك على صاحبه وبتلفه تبطل الشركة بتلف محلها. ويبنون رأيهم هذا على أن عقد الشركة لم يشرع لنقل الملكية ولا المعاوضة - ولكن إذا تصرف أحد الشركاء فى الشركة باعتباره وكيلا عن سائر الشركاء بمقتضى عقد الشركة فاشترى سلعة من السلع ـ كانت السلعة ملكا لجميع الشركاء بحكم وكالته عنهم، وكانت مشتركة بينهم ـ كل بقدر حصته فى رأس المال - على ما تم الاتفاق عليه فيما بينهم، وكان ثمنها المدفوع من رأس مال الشركة على الجميع. وعلى هذا ففى الفترة بين عقد الشركة والتصرف يستمر كل شريك مالكا لحصته التى التزم بدفعها فى رأس المال، حتى إذا تم التصرف فى رأس المال المدفوع جميعه لم يبق لأى شريك ملكية متميزة فى جزء من رأس المال وكانت السلع جميعها ملكا للشركاء على وجه الشيوع كل بقدر حصته المحددة له فى عقد الشركة وهى النصف أو الثلث أو الربع فى رأس المال.

٢ ـ وذهب فريق آخر من الفقهاء منهم بعض المالكية وبعض الحنابلة إلى أن عقد الشركة يترتب عليه بمجرد انعقاده اشتراك الشركاء فى رأس المال إذ إنه يفيد المعاوضة بين الشركاء، وذلك ببيع كل منهم جزءا من حصته التى التزم بها فى رأس المال إلى الآخرين، فإذا انعقدت الشركة بين اثنين على أن يكونا فيها سواء ـ أفاد العقد بيع كل منهم نصف رأس ماله إلى صاحبه بنصف رأس ماله وتكون النتيجة اشتراك كل منهما فى رأس المال جميعه مناصفة، وإذا كان اتفاقهما على أن

يكون لأحدهما ثلث رأس المال وللآخر الثلثان ـ أفاد العقد المعاوضة بين ثلثى رأس مال الأول ـ وهو صاحب الثلث ـ وثلث رأس مال الآخـر صاحب الثلثين؛ فتكون النتيجـة اشتراكهما فـى رأس المال جميعه على أن يكون للأول ثلثـه وللآخر ثلثاه، وعلى هذا الأسـاس إذا زاد الشركـاء على اثنين، فـإذا كانوا ثلاثة على السـواء أ، ب، جـ أفاد عقد الشركة بيع أحدهم وهو أ مثلا ثلثى رأس ماله لصاحبيه ب ، جـ نظير ثلث مـال كل منهمـا، وبيع ب ثلث ماله لصاحـبه نظيـر ثلث ماله، ونتيـجة المعاوضة الأولى أن يكون للأول ـ وهو أن ثلث ماله مضافاً إليه ثلث مال ب وثلث مال جـ،ونتيجة المعاوضة الثانيـة أن يكون للشريك ب ثلث ماله وثلث مال أ مضافا إليهما ثلث مـال جـ وأن يكون للشريك جـ، ثلث ماله وثلث مال أ مضافـا إليهما ثلث مال ب. وهذا ما اعتمـده المالكية وهو رأى فريق من الحنابلة، وبناء على هذا الرأى يفيد عقد الشـركة اشتراك جميع الشركاء فى رأس مـال الشركة على الشيوع بينهم بمجرد عقد الشركة.

وكذلك يلاحظ أن ترتـيب حق عينى على عين كـحق انتفـاع أو ارتفاق، لا يترتب عـليه أن يكون بين صـاحبى هذين الحـقين وبين المالك شـيوع، إذ إن هذه الحقوق حـقوق مختلفة الحقـيقة والمعنى، وعند الاختلاف لا يتصـور الشيوع لأن الشيـوع بين الحقين إنما يتـحقق باختـلاطهما وتـداخلهما وهذا لا يتـصور إلا عند اتحادهما.

أحكام الملكية الشائعة :

الشأن فى الملكية أن تكون متميزة مفـرز محلها الذى تركزت فيه عن غيره - ولم يكن ذلك هو وضعها دائمـاً، ففى حالات كثيرة وجدت الملـكية شائعة بالمعنى الذى شرحناه وانتـشرت فى جميع البـلاد العربية والإسلامـية نتيجـة لوجود نظام التوارث فيها الذى يقضى بانتقال التـركات من ملاكها عند وفاتهم إلى ورثتهم وهـم متعددون فيمـتلكونها بالاشتراك على الشيوع، وكثيرا ما يسـتمر وضع التركات بعد انتقالها إلى الورثة مدة طويلة من الزمن يزداد فيها عدد الشركاء على الشيوع بسبب وفاة بعض الورثة وانتقال حـصصهم بالوراثة إلى ورثتهم. وكثيـرا ما توجد الملكية الشائعة أيضا نتيجة لاشتراك اثنين فأكـثر فى سبب من أسباب الملكية كالاشتراك فى عقد الشراء أو فى الإنهاب أو فى الوصية أو فى الاستيلاء على مال مباح.

وجملة القول أن ما يصلح سبباً لإنشاء ملكية متميزة أو لنقلها يصلح كذلك لإنشاء ملكية شائعة إذا ما اتصل بمتعدد.

والملكية الشائعة فى الواقع ليست إلا وضعاً استثنائيا مآله إلى ملكية متميزة إما بطريق القسمة بين الشركاء أو بأى سبب آخر ينتقل به ملك الشركاء إلى واحد منهم فيستقل بملك العين المشتركة.

ولما كان تعدد الشركاء على الشيوع فى المال المملوك يؤدى إلى نزاع وخلاف بين الشركاء فيما يتعلق بمباشرة كل شريك سلطانه واستيفائه لحقوقه فى العين المشتركة تصرفا واستعمالا واستغلالا - اقتضت المصلحة وضع نظام تشريعى يخضع لأحكامه ما قد يحدث من خلاف ونزاع بين الشركاء ويمكن كل شريك من انتفاعه بحقوقه فى المال المشترك دون ضرر بغيره من الشركاء.

ومن المستحسن أن نبدأ بأحكام الملكية الشائعة فى غير الأعيان ثم نتبع ذلك بأحكامها فى الأعيان - غير أن الخوض فى ذلك يقتضينا أن نقدمه ببيان عن طبيعة حق الشريك ووضعه - بالنسبة إلى العين أو المال محل الاشتراك.

طبيعة حق الشريك الشائع :

يرى فقهاء الشريعة أن حق الشريك فى المال المشترك على الشيوع هو حق ملك، فالشريك على الشيوع يملك فى المال المشترك حصة شائعة. ومعنى شيوعها أنها متفرقة ومنتشرة فى جميع أجزاء المشترك مهما صغرت فليس يخلص منها أى جزء من المال مهما كان صغيرا - وبناء على هذا يرى أن الملكيات فى هذا المال تتعدد بتعدد الشركاء فيه، وأنها ملكيات مختلطة ممتزج بعضها ببعض، وأنها تشمل جميع أجزاء هذا المال وتتركز فيها لا على وجه التمايز والانفصال - ومن ثم يرى أن انتفاع أى شريك بهذا المال أو ببعضه - وإن قل - انتفاع بما هو مملوك له ولغيره، وذلك ما يعنى أنه يتضمن انتفاعه بملك غيره من الشركاء. وكذلك الوضع إذا تصرف أى شريك فى أى جزء من المال المشترك قبل قسمته.

وعلى ذلك فالمال المشترك فى نظر فقهاء الشريعة لا يعد مملوكا كله لكل شريك على انفراد وإنما يملك كل شريك فيه حصة منتشرة فيه. إذ إن الشيء المملوك لا يقبل أن يكون مملوكا كله لأشخاص كل منهم يملكه جميعه فى وقت

واحد. وإذن فتعدد الملكيات يستلزم تعدد محالها. وتعلق حق الشريك على الشيوع بالشيء المشترك جميعه إنما كان نتيجة الانتشار حصته وتفرقها فى جميع أجزائه من غير فصل ودون استثناء أى جزء فيه. وكان تعلقه به كله على معنى أن له فى كل جزء منه حصة من ذلك الجزء لا على معنى أن له كله، وكانت نتيجة ذلك أن حق كل شريك من الشركاء على الشيوع يتعلق بالشيء المشترك فى مجموعه وإن كان محدودا بمقدار حصته فيه، فلم يكن له بسبب ذلك أن يستأثر بجميع مزاياه لمكان الشركاء الآخرين معه فى هذا المال وتمتعهم بما يتمتع به فى حدود حصصهم. وهذا التكييف قريب جدا مما هو سائد فى الفقه الوضعى، فقد ذكر الدكتور الصدة فى كتابه الملكية : أن الرأى السائد فى الفقه التقليدى والفقه الحديث على السواء أن حق الشريك على الشيوع هو حق ملكية - وأن ملكية الشيء الشائع يتعدد فيها الملاك. أما الشيء نفسه وهو محل هذه الملكية فلا يتجزأ، أى أن الملكية تنقسم إلى ملكيات متعددة بقدر عدد الشركاء بينما لا يكون هناك تقسيم مادى للشيء المملوك، ومقتضى هذا أن يرد حق كل شريك على الشيء فى مجموعه وإن كان محددا بقدر حصته، ولا يقدح فى ذلك أن الشريك لا يستطيع أن يستأثر بجميع مزايا المال المشترك، إذ إن الشركاء الآخرين الذين يشاركونه فى الحصول على هذه المزايا ملاك مثله، وكل ما هناك أن الشريك ليس له أن يمارس سلطات المالك إلا بطريقة لا يترتب عليها المساس بحقوق غيره من الشركاء، وهذا ليس من شأنه أن ينفى عنه وصف الملكية.

غير أن هذا الذى أشرنا إليه فيما ذهب إليه فقهاء الشريعة من أن الشيء المملوك لا يملكه كاملا إلا شخص واحد ولا يملكه على هذا الوضع أكثر من واحد إنما يكون فيما يقبل التجزئة كملك الأعيان ومنافعها ـ فلا يكون شيء من ذلك كاملا إلا لشخص واحد، وذلك بناء على أن هذا النوع من الملكية يتمثل فى الخارج أو يحل فى الخارج فى عين، فإذا شغلته جميعه ملكية شخص لم يكن صالحا لأن تشغله ملكية شخص آخر لأن المحل لا يشغله كله فى وقت واحد شاغلان كل منهما يستقل به دون أن يترك فيه مكانا لآخر ـ أما فيما لا يقبل التجزئة حيث يتعلق الملك بحق من الحقوق لا يقبل التجزئة فليس ما يمنع من أن يكون الحق كله مشتركا بين أكثر من واحد على أن يكون لكل منهم ذلك الحق

كاملا، كحق الولاية على النفس لوليين متساويين كأخوين شقيقين، وحق الشفعة بالنسبة لشفيعين متساويين كشريكين، وحق التصرف بالنسبة لوكيلين بعقدين مستقلين؛ ذلك لأنها حقوق اعتبارية وتعلقها بمحلها تعلق اعتبارى لايتنافى معه ولا يتعارض اعتبار الحق فيه لمتعدد،على أن يكون لكل من أصحابه كاملا فإذا باشره أحدهم انتهت حقوق الباقين.

أحكام الملكية الشائعة فى غير الأعيان :

بينا فيما سبق أن الملكية الشائعة كما تثبت فى الأعيان تثبت فى غيرها مما يملك فتثبت فى الدَين وتثبت فى المنافع وبعض الحقوق. وفيما يلى بيان أحكامها فى الدَين :

الملكية الشائعة فى الدَيْن :

الدين مال واجب فى ذمة أى شاغل لها بدلا عن مال أتلفه المدين، أو عن قرض اقترضه من غيره، أو عن مبيع اشتراه بثمن مؤجل، أو عن ثمن قبضه حالا لمبيع أجل تسليمه كما فى السلم؛ وهكذا إلى آخر الأسباب الموجبة لثبوته فى الذمة - بذلك عرفه صاحب فتح القدير الكمال بن الهمام والكاسانى صاحب البدائع.

ويثبت الاشتراك فى الدين إذا تعلق سبب ثبوته بأكثر من شخص واحد، كما فى دين لمتوفى انتقل بوفاته إلى ورثته المتعددين فأصبحوا شركاء فيه لكل منهم حصة شائعة فيه بقدر ما له من سهام فى التركة - وكما إذا باع اثنان أو أكثر سلعة لهم لآخر بثمن مؤجل فإنه يثبت دينا فى ذمة المشترى ويكون لكل من البائعين حصة شائعة فيه بقدر ما له فى السلعة المبيعة من ملك، وكذلك الحال إذا أتلف شخص عينا مشتركة بين متعددين فإن قيمتها تثبت ديناً فى ذمته لأصحابها لكل منهم حصة شائعة بقدر ما كان يملك، وهكذا - وذلك ما يراه فقهاء الشريعة.

ويرى فقهاء التشريع الوضعى أن الديون لا تصلح أن تكون محلا للاشتراك على الشيوع؛ وذلك بسبب انقسامها بين الشركاء بحسب طبيعتها نتيجة لتماثل أجزائها - ففى الأمثلة السابقة وما يشبهها يكون لكل شريك حصته التى بيناها دينا مستقلا له أحكامه ولا اتصال لها بباقى الدين ولا تعد شائعة فيه فإذا وفيت

بإعطائها إلى صاحبه. على هذا الأساس لم يكن لغيره حق الاشتراك فيها ولا حق الاعتراض بشأن وفائها قبل غيرها من الحصص.

وأساس هذا الخلاف هو خلافهم فى قبول الديون للقسمة وعدم قبولها، فكثير من فقهاء الإسلام يرون أن الديون لا تقبل القسمة لأنها أوصاف اعتبارية لايتصور فيها انقسام إلى أجزاء، ومن ذلك قالوا إنها تنتقل إلى من تنتقل إليهم أو تثبت لهم جملة وفقهاء التشريع الوضعى يرون أنها تقبل القسمة بالنظر إلى ما تتمثل فيه من مال مثلى فإذا وجبت لمتعددين وجبت لهم موزعة عليهم لتماثل أجزائها أو آحادها.

وبناء على ما ذكر إذا ما ثبت لأشخاص متعددين دين فى ذمة إنسان فإن كل شريك فيه لا يملك إلا ما يخصه منه ويعد أجنبيا بالنسبة إلى حصص أصحابه الشركاء فيه، ومن ثم ليس له أن يطالب المدين إلا بأداء حصته فقط دون أن يكون له حق فى مطالبته بأداء ما يزيد عليها، ولا يجوز له أن يقبض من المدين إلا ما كان فى حدود حصته، فإذا تجاوز ذلك إلى قبض ما زاد على حصته لم تبرأ منه ذمة المدين. وكذلك إذا أراد أحد الشركاء مخاصمة المدين أمام القضاء لم يخاصمه إلا فى حصته ولا يحكم له بأكثر منها ويجبر المدين على دفعها إليه ولو كان ذلك فى غيبة بقية الشركاء، كما يجوز له أن يتصرف فيها بالإبراء أو بالهبة أو بالمصالحة عنها ببدل أو بالإيصاء بها لآخر أو بجعلها ثمنا لعين يشتريها من المدين أو يقبل بها كفيلا أو يجعلها مهرا وما إلى ذلك من التصرف، وكل هذه الأحكام أثر من آثار ثبوت الشركة فى الدين وتملكه حصته منه،أما إقدامه على تأجيلها إذا ما كانت حالة ففيما يلى بيان الحكم فى ذلك .

تأجيل الشريك حصته فى الدين :

كان مقتضى ما ذكرنا من البيان أنه يجوز لأى شريك فى الدين أن يؤجل المدين فى حصته من هذا الدين فتصير حصته مؤجلة إلى أجلها دون بقية الدين؛ لأنه إذا جاز له أن يبرئ مدينه منها جاز له أن يؤجل أداءها لأن تأجيلها دون الإبراء منها ولكن ذلك كان موضع خلاف بين فقهاء الشريعة - ذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز تأجيله حصته إذ يرى أن ذلك من قبيل قسمة الدين قبل قبضه،

وهى فى الدَّين غير متصورة، فضلا عن أن تكون جائزة؛ ذلك لأن أساس القسمة التمييز والإفراز وذلك بأن يصير نصيب كل واحد من الشركاء فى حيز وفى جهة غير جهات الأنصباء الأخرى، وذلك إنما يتصور فى الأعيان لأن الإفراز فعل حسى فلا يوجد إلا فى الحسيات، أما الدين فهو فى حقيقته وصف شرعى اعتبارى لا وجود له فى الحس وليس له وجود إلا فى اعتبار الشارع، فكان من ناحية الحس عدما ولا يتصور تمييز ولا انقسام فى المعدوم. ومن ناحية أخرى يرى أبو حنيفة أن الدين ليس فى الحقيقة إلا اسما لفعل واجب الأداء وهو تسليم المال ودفعه للدائن ولا شىء فى الوجود قبل التسليم يمكن تجزئته.

ولذا قال الكاسانى : إن تأجيل حصة من الدين من قبيل قسمة الدين قبل قبضه، وإنها غير جائزة لأن الدين اسم لفعل واجب وهو فعل التسليم، والدين مال حكمى واجب فى الذمة، وكل ذلك عدم فى واقع الوجود إلا أنه أعطى حكم الموجود للحاجة، فليس كل شخص يملك من المال ما يدفع به حاجته فيحتاج إلى الاستدانة، ولا بد من إعطاء الدين حكم الشىء الموجود لهذه الحاجة حتى يمكن اقتضاؤه والمخاصمة فيه،[1] ولا حاجة إلى قسمته قبل قبضه فبقى على حكم العدم فى حقها، والدين عدم لأنه وصف شرعى اعتبارى، وإلى ذلك فإن القسمة لا تتم إلا بالقبض، وقبض ما فى الذمة غير ممكن ما دام فى الذمة - ولأن القسمة تتضمن المبادلة والتمليك لأن كل شريك يملك صاحبه ماله فيما أعطى له من حظ نظير تملكه لما أعطى له من حصة لصاحبه فى حظه وتمليك الدين لغير من عليه الدين لا يجوز.

وخالف فى ذلك أبو يوسف فأجاز للشريك فى الدين ان يؤجل حصته؛ لأنه إذا جار له أن يبرئ صاحبه منها فأولى أن يؤجله فى وفائها؛ إذ التأجيل إسقاط لحق المطالبة بالدين إلى حين، وذلك دون أثر الإبراء الذى هو إسقاط للدين والمطالبة به جميعاً. واختلفت الرواية عن محمد فروى أنه مع أبى يوسف وروى أنه مع أبى حنيفة.

وقد يلاحظ على ما استدل به لأبى حنيفة من تأسيس عدم جواز التأجيل على عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه بأن تأجيل الدين ليس من قبيل القسمة إذ إنه ليس إلا مجرد امتناع عن المطالبة بالدين مدة من الزمان، وذلك أمر يتعلق

بإرادة الدائن ولا يمس الدين إلا عرضاً، وقد يمتنع الدائن عن أن يطالب به شهورا وسنين ثم لا يعد ذلك قسمة وتمييزاً فى الدين ذاته، وكل ما يترتب على هذا التأجيل اختلاف حال الدائنين المشتركين، فأحدهما يكون له حق المطالبة بحصته والآخر لا يكون له حق المطالبة بحصته وليس لذلك أثر فى الدين نفسه وليس يترتب على ذلك قسمة فى الدين إلى جزءين منفصل أحدهما عن الآخر.

وقد يقال فى نقض هذه الملاحظة أن جواز التأجيل قد يجر إلى قسمة الدين وذلك عندما يقوم المدين بأداء ما لم يؤجل منه إلى صاحبه قبل حلول أجل ما أجل منه، فإن الدين فى هذه الحال ينقسم إلى جزءين وُفِّى أحدهما فعلا وبقى الجزء الآخر فى ذمة المدين وحده متميزا كل منهما من الآخر قبل أداء الدين جميعه، وذلك ما يحقق معنى قسمته قبل قبضه، وهو غير جائز لما سبق ذكره، وعليه يجب ألا يجوز التأجيل لذلك وإن رؤى أن التأجيل فى ذاته لا يعد قسمة ينقسم بها الدين لما ذكر أنه مجرد امتناع عن المطالبة يرجع إلى إرادة الدائن، غير أن ذلك مردود بأن ما يقبضه الدائن الذى لم يؤجل فى هذه الحال لا يسلم له إلا بإرادة صاحبه الذى أجل حصته، إذ يجوز لصاحبه هذا أن يرجع فيما قبض عند حلول أجل حصته اتفاقا على أساس الاشتراك بينهما، وذلك ما يدل على أن الوفاء لم يكن وفاء عن حصة القابض خاصة حتى يكون من وراء ذلك قسمة للدين، بل كان وفاء لجزء مشترك من الدين، ولذا كان لغير القابض أن يرجع على القابض بحصته فيما قبض فى الحال عند الإمام. وعند حلول أجل حصته عند الصاحبين لاقبله؛ ذلك لأنه قد سقط حقه فى المطالبة بحصته بتأجيلها فلم يكن له أن يطالب بها قبل حلول أجلها؛ إذ الدين المؤجل لا تجوز المطالبة به قبل أجله، ولكن إذا حل الأجل كان له أن يطالب القابض بحصته فيما قبض كما يكون له الخيرة اتفاقاً فى أن يترك للقابض ما قبضه ويرجع بحصته على المدين.

من هذا يظهر أن تأجيل أحد الدائنين حصته لا يستلزم قسمة الدين المشترك بينهم، وعلى ذلك يظهر أن امتناع تأجيل الشريك فى الدين حصته ليس راجعا إلى عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه. ويؤيد ذلك ما جاء فى حاشية الشرنبلالى على منلا خسرو نقلا عن البرهان من أن تأجيل أحد الشريكين فى الدين حصته فيه موقوف على رضا صاحبه عند أبى حنيفة، فإن ذلك ينفى أن السبب فى عدم جواز

التأجيل من أحد الشريكين هو عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه، إذ لو صح ذلك لكان التأجيل من الشريك فى الدين غير جائز مطلقاً سواء رضى به صاحبه أم لم يرض. على أنهم مع ذلك قد نصوا على أن أحد الشريكين فى الدين إذا أبرأ مدينه من حصته صحت براءته وبرئت ذمة المدين منها، ولم يكن لشريكه أن يرجع عليه بشىء مما أبرأ منه. وكذلك إذا وهبه إياها، كما نصوا على أن المدين إذا كان دائنا لأحد الشريكين فى الدين الذى عليه بمثل حصته فيه التقى الدينان قصاصا وبرئت ذمة المدين من حصة هذا الشريك، والأثر المترتب على ذلك هو نفس الأثر المترتب على تأجيل أحد الشريكين حصته من الدين، وهو تجزئة الدين المشترك، وذلك بتميز حصة أحد الشريكين فيه بسقوطها أو بالتقائها قصاصا مع ما للمدين فى ذمة أحد الشريكين، بينما بقيت حصة الآخر وحدها فى ذمة المدين.

ومن هذا يظهر أن التمايز أو التجزئة متصور فى الدين قبل قبضه على هذا الوضع سواء بالتأجيل أو بالإبراء أو بالهبة أو بالسقوط، ولو صح أن امتناع التأجيل فى حصة أحد الشركاء فى الدين لامتناع قسمة الدين قبل قبضه لامتنع كذلك الإبراء من إحدى الحصتين لما فى الحالتين من التمايز على سواء. ولكن قد يفرق بين حال التأجيل وحال الإبراء بأن الاشتراك ثابت ومتحقق فى حال التأجيل ولكنه فى حال الإبراء منعدم لسقوط إحدى الحصتين به فلا تبقى عند ذلك شركة فى الدين ولا يتحقق بذلك انقسام وتمايز بين جزءين موجودين من الدين وإنما الذى حدث هو تلاشى أحد الجزءين وسقوطه بالإبراء، أما فى حال التأجيل فهناك قسمان أو جزءان من الدين أحدهما حال والآخر مؤجل، وذلك ما يحقق التمايز بينهما وهو مظهر القسمة فى الدين.

وقد يقال فى رد هذا إن سقوط أحد الجزءين بالإبراء إنما كان بعد تميزه وانفصاله عن الجزء الآخر فكان الإبراء محققا لما حققه التأجيل فلا فرق بينها والواقع أن بقاء هذا التميز فى حال التأجيل ماثلا فى الوجود بين شيئين ليس بالأمر الجوهرى الذى يحقق التمايز الرافع للشيوع المحقق للقسمة حتى يمتنع التأجيل بامتناعها، إذ يمكن أن يقال إن التأجيل حين يقع إنما ينصب على حصة شائعة فى الدين معلومة القدر، على معنى أن الدين مطلوب أداؤه ما عدا ربعه أو خمسه، وذلك ما لا يتعارض مع شيوعه فيه.

وقد جاء فى تبيين الحقائق للزيلعى أن العلة فى عدم جواز التأجيل هى أن فى التأجيل ضرراً على الشريك الآخر، ذلك لأنه يترتب عليه تحميل هذا الشريك الآخر وحده مئونة مطالبة المدين، فإذا طالب بحصته فقبضها شاركه الآخر فيها على ما سنبين، وربما تكرر منه فيها الطلب والقبض، وتكرر كذلك الرجوع عليه، وهذا ضرر بالشريك، ولهذا إذا رضى شريكه بالتأجيل نفذ لزوال الضرر برضائه.

وقد ذهب الحنابلة إلى جواز تأجيل أحد الشريكين فى الدين حصته فيه لأنه إذا جاز له أن يبرئ مدينه منها، فتأخير أدائه بالتأجيل أولى بالجواز، فإن قبض شريكه بعد ذلك شيئا لم يكن لشريكه حق الرجوع عليه بشيء مما قبض، ذكره القاضى - والأصح أن له حق الرجوع لأن الدين الحال لا يتأجل عند الحنابلة بالتأجيل فوجود التأجيل كعدمه[1].

قسمة الدين المشترك :

وقد تبين مما تقدم أن قسمة الدين المشترك بين الشركاء فيه غير صحيحة عند الحنفية قبل قبضه لما بينا من أن ركن القسمة هو الإفراز والتمييز بين الأنصباء، وذلك غير متصور فى الديون الثابتة فى الذمم قبل قبضها لأنها أوصاف اعتبارية شرعية. وكذلك لما فى القسمة من معنى المبادلة والمعاوضة والتمليك، وبيع الدين بالدين غير جائز، وكذلك لما فيها من تمليك الدين لغير من عليه الدين وهو غير جائز.

وبناء على ذلك إذا كان لأكثر من شخص دين مشترك فى ذمة شخص آخر أو كان لهم ديون فى ذمم آخرين كل دين منها مشترك بينهم فاتفقوا على قسمة كل دين بينهم بحيث يكون لكل منهم فيه حصة معينة مستقلة عن باقى الحصص فى الوفاء بها والتصرف فيها وقبضها مختصة بقابضها، أو على أن يكون لكل شريك ما فى ذمة فلان من المدينين فيختص كل شريك بمدين معين أو بأكثر - لم يجز ذلك عند الحنفية[2]، لما ذكرنا. ألا ترى أنه إذا اشترك اثنان فى صبرة طعام فاقتسماها على أن يكون لأحدهما جانب معين منها وللآخر جانبها الثانى لم تصح

---

(1) المغنى، جـ ٥، ص ١٩٨

(2) راجع البدائع ، جـ ٧، ص ١٩٢ ، والندية، جـ ٥، ص ٢٢٢ ، والزيلعى جـ ، ص ٤٥ وما بعدها.

القسمة لعدم تحقق الإفـراز ولـم يلزمهما ذلك. وإلى هذا ذهب الحنابلة فى رواية، فقد جاء فى مطالب أولى النهى :

وإذا اقتسم الشريكان دينا فى ذمة شـخص أو فى ذمم أشخاص متعددين لم يصح لأن الذمم لا تتكافأ، وبيع الدين بالدين غير جائز. وفى رواية أخرى عندهم أن قسمة الدين قبل قبضه جائزة.

وجاء فى كشاف القناع : وتجوز قسمة الدين فى ذمم الغرماء على أساس أنها إفراز لا بيع كما جاء فى الإنصاف[1].

وبناء على عـدم جواز الـقسـمة فى الديـن عندهم يكون ما يـقبـضه أحـد الشريكين أو الشركاء من الدين بعد الاتفاق عليها مشتركا، فما يضيع أو يهلك منه فعليهما والباقى بينهما، وللشـريك الآخر أن يأخذ من شريكه القابض بقدر حصته فيما قبض ولو بعـد التصرف فيه. أما على القول بجوازها فإن مـا يقبضه الشريك يختـص به متى كان فـى حدود حصـته (مطالب أولى النـهى) وسيأتى لـهذا زيادة بيان[1].

وقد فرع الحنفيـة على عدم جواز قسمة الدين قبل قبـضه أن أحد الشريكين إذا قبض بعضه فى حدود حـصته كان لشريكه فيه أن يرجع عليه فـيما قبض بقدر نسـبة حـصتـه فى الدين فإذا كـان له نصف الدين رجع عليـه بنصف ما قـبض، وهكذا؛ لأن ما يقبض جزء من مـال مشترك فيكون بينهما عـلى ما لكل منهما فى جميعه، وليس للقابض أن يختـص به إلا برضا صاحبه، وسيان فى هذا أن يكون الدين حالا أو مؤجلا، إذ إن المؤجل يصير بأدائه حالا فلا يختص أحدهما بما أدى إليه منه.

وعليه إذا أدى المدين جـميع الدين إلى أحد الشركـاء فيه لم تبرأ ذمـته بهذا الأداء إلا من حصة القابض، أما حصص غيره فـإن ذمته تظل مشغولة بها ويطالب بها ويخاصم فيها بعد ذلك الأداء ـ ثم إن غير القابض بالخيار إن شاء ترك وتبقى له حصـته فى الدين كاملـة فى ذمة المدين له أن يطالبه بهـا وللمدين أن يسـتردها من القـابض - ذلك لأنه إنما أقـبـضه لـتسلم ذمـتـه منهـا فـإذا لم تسلم كـان له حق الاسترداد[2] ولم يكن للقابض ولاية قبضها.

---

(١) كشاف القناع، جـ ٤، ص ٢٢٣، مطالب الشهر، جـ ٣، ص ٥٠٩.

(٢) البدائع، جـ ٦، ص ٦٥ وما بعدها.

هذا وليس لمن يقبض من الشريكين فى الدين أن يرجع على صاحبه فيما قبضه من الدين إلا إذا كان ما قبضه أو سلم إليه مما يمكن الاشتراك فيه سواء أكان من جنس الدين أم غير من جنسه ـ فإذا اشترى أحد الشريكين فى الدين بحصته عينا أو استأجر بها عينا مدة من الزمن كان لصاحبه أن يرجع عليه فى ثمن العين أو فى أجرتها بقدر حصته. ذلك لأنه بالشراء أو الاستئجار استقر فى ذمته ثمن المبيع أو أجرة العين المستأجرة، ثم التقى ذلك قصاصا مع دينه فكان ذلك فى حكم الوفاء بما يمكن الاشتراك فيه وهو الثمن أو الأجرة، ولكن إذا أبرأ أحدهما المدين من حصته فى الدين لم يكن لصاحبه أن يرجع عليه بشىء لأن الإبراء إسقاط فلم يسلم له ما يمكن الاشتراك فيه بناء على ذلك الإبراء ـ وكذلك إذا كان للمدين بالدين المشترك دين فى ذمة أحد الشركاء فى هذا الدين وكان سابقا فى الوجود على الدين المشترك فإن حصة الدائن الشريك من الدين تلتقى قصاصا مع ما يشغل ذمته من دين لمدينه، وعندئذ لا يكون لشريكه فى الدين أن يرجع عليه بشىء ، لأن الذى حدث هو أن هذا الشريك قد أوفى دينا واجبا عليه فى ذمته بأدائه لدائنه ولم يسلم له بذلك ما يمكن الاشتراك فيه.

وكذلك الحكم فى حال التلف، فإذا أتلف أحد الشريكين فى الدين عينا للمدين كانت فى يده فلزمه ضمانها، فإن حصته فى الدين تلتقى قصاصاً مع ما لزمه من ضمان ما أتلفه، ولم يكن للشريك أن يرجع عليه لنفس السبب السابق، إذ لم يقبض الشريك بعد ثبوت الدين المشترك من المدين ما يمكن الاشتراك فيه، وإنما الذى حدث هو قيام المتلف بوفاء ما عليه من ضمان للمدين وذلك بإدانته بدين شاركه فيه آخر، وظاهر ذلك أن وضع هذه المسألة لا يختلف سواء أحدث الإتلاف قبل وجود الدين المشترك، أم حدث بعد الدين، ففى الحالين لم يسلم للمتلف ولم يصل إليه ما يمكن الاشتراك فيه.

أما إذا غصب أحد الشريكين مالا للمدين بعد ثبوت الدين المشترك فأتلفه وضمن قيمته فإن لصاحبه أن يرجع عليه فيما يلاقى حصته فى الدين من قيمة المال المغصوب بنسبة ماله فى الدين، ذلك لأنه قد وصل إلى الغاصب ما يمكن الاشتراك فيه وهو المال المغصوب، إذ الملك فى المغصوب يستند إلى وقت الغصب وليس يرجع عليه إلا فيما يتلاقى مع حصته فى الدين من قيمة المغصوب لأن ذلك

هو ما يسقط من الدين، فإن الدائن الغاصب يصبح مدينا للمغصوب منه (المدين) بقيمة ما غصبه منه فأتلفه فتلتقى حصته فى الدين قصاصا مع ما تلاقيها من قيمة المغصوب ويسقط منها بقدر هذه الحصة، وفى هذا القدر فقط يرجع صاحبه فيه عليه بنسبة حصته فى الدين . أما ما يبقى من قيمة المغصوب الهالك فعلى الشريك الغاصب فى الدين. ومن الواضح أن الحكم يختلف إذا ما حدث الغصب والإتلاف قبل ثبوت الدين المشترك فى ذمة الغاصب، فإن الحكم حينئذ يختلف فلا يكون لغير الغاصب من الشركاء فى الدين حق الرجوع عليه فيما سقط من حصته إذ لم يسلم له شيء يصح الرجوع فيه بعد ثبوت الدين له، وإنما الذى حدث هو قيام الغاصب بوفاء ما عليه بإدانته المدين المغصوب منه.

وبناء على ذلك إذا حدث الغصب قبل الدين وحدث الإتلاف بعده، ثبت لغير الغاصب حق الرجوع عليه لأن الغاصب تملك المغصوب ملكا مستنداً إلى يوم غصبه واستمر ملكا له إلى ما بعد ثبوت الدين فسلم له المغصوب بسبب إتلافه وهو ما يمكن الاشتراك فيه.

وخالف محمد رحمه الله تعالى فذهب إلى أنه لا فرق فى الحكم بين حال الإتلاف وحال الغصب على أى وضع، فجعل للشريك غير المتلف أو الغاصب حق الرجوع فى كل الأحوال؛ إذ قد شغلت ذمة صاحبه بالضمان فيها كلها وهو ما يمكن الاشتراك فيه ، وقد سلم له بجعله وفاء عن حصته فى الدين.

وإذا سلم الشريك فى الدين لشريكه ما قبضه ثم قوى الدين على الغريم كان لهذا الشريك أن يرجع على القابض فيما سبق أن قبضه وسلم له بنسبة حصته فى الدين، ذلك لأن المقبوض كان عن حق مشترك ولم يتركه الشريك لقابضه إلا ليسلم له ما فى ذمة المدين، فإذا لم يسلم عاد حقه فى المقبوض كما كان.

ملك الشريك لما قبضه من الدين :

ومما يجب التنبه له أن الحنفية قد نصوا على أن أحد الشريكين فى الدين إذا قبض منه مالا يزيد على حصته فيه عُد قابضا ومستوفيا لدينه بقدرما قبض وبرئت ذمة المدين بقدر ما أقبض وسقط حق القابض فى المطالبة به ويملكه القابض على أنه وفاء لدينه أو بعضه، ولكن مع هذا يثبت لشريكه حق الرجوع عليه فى عين

المقبوض لا فى بدله بقدر حصته على ما بينا، وذلك بناء على إرادته المنفردة، فإذا ما اختار الرجوع عليه فرجع عاد للقابض من دينه بقدر ما يوازى ما أخذ منه وشغلت به ذمة المدين وكان شريكا فى الباقى بقدر ما لكل منهما فيه من نسبة.

وقد جاء فى تبيين الحقائق أن القابض إذا ما قبض فإنما يقبض حقه إلا أن لصاحبه حق المشاركة فيه، فكان له أن يشاركه، فإذا اختار المشاركة صار شريكا فى عين المقبوض وذلك ما يمنع أن يجبر على أخذ عوض حقه فيه إذ إن أخذ العوض يعد مبادلة وهى تعتمد التراضى. وهذا إنما يكون فيما يقبض مما يتعين بالتعيين، أما فيما لايتعين بالتعيين كالنقود فليس للشريك قبل القابض إلا مثل حصته منها[1].

ويلاحظ أن الوفاء إذا كان نتيجة صلح على بدل فإن الخيار يثبت أولا للدائن الشريك بين أن يرجع على شريكه القابض أو يسلم له ما قبض ويرجع على المدين بدينه، فإذا اختار الرجوع كان للقابض الخيار حينئذ بين أن يعطيه حصته فى الدين أو يجعله شريكا فى بدل الصلح على قدر نسبته فى الدين.

وإنما ثبت الخيار أولا للدائن الشريك الذى لم يقبض حتى لا يضار بأن يتحول دينه إلى ذمة لا يرضاها وهى ذمة شريكه القابض لما هو مشترك بينهما، فإذا ما اختار تضمينه لم يكن له أن يلزمه بأن يشركه معه فى بدل الصلح. ذلك لأنه قد ملكه بالعقد ملكا خالصا مختصا به، فكان له عند ذلك فى إبراء ذمته مما قبض لغيره أن يعطى شريكه ما يخصه فى بدل المقبوض وذلك أصل حقه، كما يكون له إذا أراد أن يجعله شريكا فى بدل الصلح على قدر نسبته فى الدين لاختياره الرجوع عليه فيما قبض، ولا ضرر عليه فى ذلك. أما بالنسبة لإعطائه حصته فى الدين فهذا أصل حقه، وأما بالنسبة لإشراكه فى بدل الصلح فرضاه بذلك حين رضى أن يرجع على شريكه فيما قبض بقدر نسبته فى الدين - ولا يضير مع هذا الرضا أن يكون الصلح قد تضمن محاباة لرضاه بذلك باختياره الرجوع إذ كان له أن يرجع بجميع حصته ابتداء على المدين ففضل أن يرجع على صاحبه.

هذا وقد بنى الحنفية على ذلك أن القابض له أن يتصرف فيما قبضه بيعا وهبة وإقراضاً وإجارة ونحو ذلك لأنه حقه، فإذا تصرف فيه قبل رجوع شريكه

---

(١) البدائع، جـ ٦، ص ٦٦

عليه لم يكن لشريكه حق الاعتراض على هذا التصرف ولا حق التتبع ولا سبيل له على من تصرف معه شريكه، وإنما يثبت له حينئذ حق الرجوع على شريكه القابض بنسبة ماله فى الدين وذلك فيما استوفاه، كما يكون له أن يترك للقابض ما قبض ويرجع على المدين بجميع حصته فى الدين.

وإذا تنازل الشريك فى الدين عن حقه فى الرجوع على صاحبه القابض لزمه ذلك وسلم للقابض ما قبضه ولكن ذلك مشروط بعدم إعسار المدين. أما إذا أعسر كان لهذا الشريك المتنازل عن حق المشاركة أن يرجع فى تنازله؛ لأنه ما تنازل إلا على أساس أن يسلم له ماله فى ذمة المدين، فإذا لم يسلم له ذلك بأن توى عاد إليه حقه فى المقبوض من الدين كما كان، وإذا رجع فى هذه الحال يرجع بمثل ماله لا فى عين المقبوض؛ ذلك لأن ملك القابض بتسليم صاحبه قد استقر فيما قبض بسبب التسليم له فيه، وإنما تجدد له بالإعسار حق جديد ثبت له هو حق رجوعه على القابض فكان شأنه شأن كل الديون[1].

وقد يلاحظ على هذا الحكم أن الشريك غير القابض حين سلم للقابض ما قبضه قد رضى بأصل حقه لدى مدينه ولم يكن ما فى ذمة مدينه له بدلا عن حق كان له فى ذمة صاحبه حق تشترط السلامة فيه ، ولم يكن القابض فى قبضه ذا ولاية فى ذلك، فبقى له حقه كما هو فى ذمة المدين، فعلى أى أساس يتحدد له حق جديد فى ذمة صاحبه إذا أعسر ذلك المدين؟ وقد يقال دفعاً لهذه الملاحظة أن مبنى ذلك هو عدم قبول الدين للقسمة وذلك ما يترتب عليه أن ما قبضه أحد الشركاء فى الدين مال مشترك بين الشركاء لا يختص به القابض، وقد ترك المتنازل حصته فيه ليسلم له ما يقابلها مما فى ذمة المدين بدلا عنه، فكان معنى المعاوضة المشترط لها السلامة موجودا ـ غير أن هذا لا يتفق مع ما ذكروه من أن القابض إنما يقبض ما به وفاء دينه، وما يدخل فى ملكه يقبضه دون أن يجعلوه مالاً مشتركاً بين الشركاء.

ومن النظر فى الأحكام المتقدمة يتبين ما فيها من عدم اتساق مرجعه إلى أنها تستلزم أوضاعاً متعارضة بناء على ما هو مقرر من القواعد الفقهية المسلمة؛ ذلك

(١) البدائع، جـ ٦، ص ٦٦.

لأن جواز تصـرف القابض فيـما قبض ونـفاذه فيـه دون توقف على رضا صاحـبه وعدم ثبوت حق المعـارضة فى ذلك التصرف وبراءة ذمة المدين من حـصة القابض فى الدين بهذا الوفاء حتى لم يجـعل للقابض حق فى مطالبة المدين بشىء من دينه بعد قبضه وقبل اختيار صاحـبه أن يشاركه فيما قبض، كل ذلك يستلزم أن الشريك القابض إنما اسـتوفى حـقه بما قبـضه ملكا خالصـا، وذلك ما يسـتتبع عـدم جواز مشاركة صاحـبه له فيه. وإثبات حق للشريك الآخر فى الرجوع على صاحـبه فيما قبض بقدر نسبته فى الدين وصيرورته شريكـا له فيما قبض يستلزم أنه قد قبض ما هو مشترك بينهما وأنه لم يستوف من دينه إلا بقـدر ما يخصه فيما قبض، ولم تبرأ ذمة مـدينه إلا بقـدر ذلك. وذلك وضعـان متنافـيان، وفـيه قال قـاضى زاده فى تكملته: إن كان حق الشريك الساكت - أى الذى لم يقـبض - باقيا فى ذمة الغريم وكان ما استـوفاه القابض نصيب نفسه حـقيقة، كان ثبوت حق المشـاركة للساكت فيما استوفاه مشكلا. غير أنه مما عـرف مألوفا بين الفقهاء أنهم فى كثير من المسائل التى يرون أنها ذات شـبهين بأمـرين متنافرين يتجـهون فى حلها إلى مـراعاة هذين الشبهين فيها، فيدفعهم ذلك إلى مثل هذا التنافر فى الأحكام، فهم فى مسألتنا هذه حين رأوا أن ذمة المدين مشغولة بصحة معلومة القدر من الدين وأن لصاحبها حق اقتضائها وقبضها لأنها ملك له - راعـوا ذلك فجعلوا قبضه لما هو فى حدود حصته استيفاء لحقه لتحـقق الوفاء به شرعا. وذلك لمساواته الحق الواجب فى الذمة فكان أداؤه أداء لما وجب وسقط بذلك حقـه. وحين ذهبوا إلى عدم جواز قـسمة الدين قبل قبضه، وأن الدين هنا مشترك يشـترك فى كل جزء منه الشركاء فيه، وأن أحد الشركـاء ليس وكيلا عن بقيـتهم فى اقتـضائه ولا فى قبضـة - اضطروا أن يجعلوا المقبوض مشتركًا لأنه يمثل جزءًا من المشترك، وأن يكون بين القابض وبين أصحابه الشركـاء فى الدين على نسبة مـا لكل منهم فى الدين حتى يتنازلوا عن حـقهم فى الرجوع. ذلك مذهب الحنفية.

وقد ذهب الحنابلة إلى ما أشرنا إليه سابقـا من أن الدين إذا كان مشتركا بأن ثبت فى ذمة المدين لأكثـر من واحد بعقد أو بوراثة عن مورث واحد فـقبض أحد الشركاء فيه منه شيئا فلغيره من الشركاء مـشاركته فيما قبض بنسبة ما لكل منهم فى الدين، وذلك فى رواية. كـمـا روى عن أحـمد أيضـا مـا يدل على أن القـابض

يختص بما قبضه، فيكون وفاء عن حصته ولا يشاركه فيه الآخرون ـ وهذا قول أبى العالية وأبى قلابة وأبى عبيد وابن سيرين والنخعى.

وقال أبو بكر : والعمل عندى على ما يراه حرب وحنبل وهو القول الأول، الذى ذهب إليه الحنفية، وهو الصحيح فى المذهب إذ الصحيح فى المذهب عدم جواز قسمة الدين قبل قبضه، وهو أساس القول الأول؛ لأن القسمة تقتضى التعادل والتكافؤ والذمم متفاوتة فى الملاءة والثقة والكفاءة، ثم هى على الجملة لا تخلو من بيع، وبيع الدين بالدين محظور، وفى اختصاص القابض بما قبض سمة للدين قبل قبضه.

وقيل : تجوز قسمة الدين قبل قبضه، واختلاف الذمم فى الملاءة والثقة لا يمنعها كاختلاف الأعيان فى القيمة، وبذلك قال الحسن وإسحق.

ومن الحنابلة من ذهب إلى أن هذا الخلاف فى ديون تشغل ذمما متعددة، أما إذا كان الدين فى ذمة واحدة، فلا تجوز قسمته قبل قبضه اتفاقاً، لعدم إمكانها ، إذ القسمة إنما تكون بالإفراز، وهو غير متصور فى دين يشغل ذمة واحدة.

هذا وقد ذكرنا أن الخيار لغير القابض فى مشاركته فيما قبض صاحبه أو فى رجوعه على الغريم وترك القابض. وإذا اختار أحد الأمرين لزمه ذلك، فلا يعود إلى الآخر، وليس للقابض أن يمنعه من الرجوع على الغريم بأن يقول له إنما أعطيك حصتك فى المقبوض كما أنه ليس للغريم أن يمنعه من الرجوع على القابض فيما قبض.

ذلك ما ذهب إليه أرباب القول الأول من المذهبين، كما أنهم ذهبوا إلى أنه إذا هلك المقبوض فى يد القابض تعين لحقه فيهلك عليه لأنه متعد بقبضه، أو لأنه هلك وهو على ملكه فيلزمه ضمانه، وكان ذلك وفاء لدينه، وكذلك الحكم إذا هلك بعد اختياره الرجوع على القابض وقبل أن يأخذه بناء على اختياره، لأن هلاكه فى هذه الحال هلاك فى يد ضامنة متعدية بقبضه.

أما على القول الآخر، أو الرواية الأخرى المروية عن أحمد، فإن ما يقبضه أحد الشركاء فى الدين يكون له خاصة، دون أصحابه، ما دام ذلك فى حدود ما يخصه من الدين لا يزيد عليه، وذلك لأن ما فى الذمة لا ينتقل إلى العين إلا

بتسليمه إلى الدائن. ودين غير القابض في ذمة المدين، فلا يتعلق بعين تعطى لشريكه في الدين وإذا لم يتعلق بها لم يكن له حق الرجوع فيها، وكانت مختصة بقابضها؛ لثبوت يده عليها بحق وهو إعطاؤها إليه وفاء لحقه، وليس هذا من قبيل قسمة الدين في الذمة، وإنما تعين حق القابض فيما قبض بقبضه على وجه الاستيفاء كما يتعين بالإبراء، ولو كان لغير القابض شركة فيه أو حق، لرجع عليه بضمان حصته عند التلف[1] في جميع الأحوال.

(١) المغنى ، جـ ٥ ، ص ١٩٧

الملكية الشائعة فى المنافع

نريد هنا بالمنافع منافع الأعيان، وهو ما يمكن اكتسابه من الأعيان بواسطة استعمالها، وهى الهدف من ملكية الأعيان وغايتها فى الحقيقة وفى الواقع، فليست تملك الأعيان إلا لأجل الحصول على منافعها، وكان الاشتراك فى ملك الأعيان اشتراكا كذلك فى ملك منافعها. غير أن ملك المنافع قد يكون مستقلا ومنفصلا عن ملك مصادرها من الأعيان فيملك منفعة العين من لا يملك العين، وعندئذ يكون له ملك المنفعة دون ملك العين،وذلك بناء على اكتسابه ملك المنفعة بسبب من أسباب تملكها.

وأسباب تملك المنافع فى الشريعة الإسلامية : الإجارة والإعارة والوصية والوقف والوراثة والإقطاع .

الإجارة :

تفيد الإجارة ملك منفعة العين المستأجرة فيمتلك بها المستأجر منفعة العين التى استأجرها، ولذا يعرفها الفقهاء بأنها عقد يفيد تمليك المنافع بعوض، وعرفها قدرى باشا فى مرشد الحيران بأنها تمليك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من العين المؤجرة فى نظر الشرع ونظر العقلاء بعوض يصلح أجرة، (م ٤٧٠)، فمن استأجر داراً للسكن ملك منفعة سكناها، ومن استأجر عاملاً لعمل معين ملك عمله الذى حدد فى عقد الإجارة، وعلى ذلك إذا ما كان المستأجر اثنان أو أكثر، تملكوا جميعا بالاشتراك فى المنفعة التى تم التعاقد عليها، فإذا كان ما تم التعاقد عليه سكنى دار ـ كان لكل منهم حصة شائعة فى سكناها، وإذا كان عمل عامل كان لكل منهم حصة شائعة فى ذلك العمل، ويترتب على ذلك وجوب تسليم العين المستأجرة، فيجب على مؤجرها أن يسلمها إلى المستأجرين ليتمكنوا من استيفاء حقهم منها على سبيل الاشتراك فى الانتفاع بها بالصورة التى يتم الاتفاق عليها بينهم،إما اشتراكا فى الانتفاع بها أو مهايأة بينهم.

ويجب على العامل أن يسلم عمله إلى مستأجريه على الوضع الذى يطلبون طبقا لما تم عليه التعاقد ، فإذا كان العمل خدمة مثلا خدم كلا منهم يوما أو يومين مثلا وهكذا، أو وزع خدماته عليهم على حسب اتفاقهم.

والنتيجة النهائية أن عقد الإجارة كيف كـان وضعه يفيد المستأجر ملك المفعة التى كانت موضوعا لـه، غير أن هذه المنفعة تارة يكون محلـها عيناً من الأعـيان كالسكن بالنسبة للدور والركوب بالنسبة للدواب واللبس للثياب، وتارة يكون محلها الذمم كالأعمال بالنسبة إلى العمال، فـإن محل العمل الذى وقع عليه عقد الإجارة هو فى ذمة العامل، لأنه بعقد الإجارة تشغل ذمته به كالدين تشغل به ذمة المدين، وما يثبت فى الذمة من ذلك قد يكون عـملا يقوم به الأجـير بنفسـه، وقد يكون منفعـة يهيىء وسائلها للمـستأجر مـثل أن يتعاقد شـخص مع آخر على أن ينقل له متـاعه هذا من هذا المكان إلى مكان آخـر بواسطة دوابه أو على أن ينقله إلى بلدة كذا بسـيارة من سياراته، فـفى مثل هذه الحال تكون المنفـعة التى هى محل العـقد ثابتة فى ذمة الأجـير شاغلة لها. وعلى ذلك يكون الاشتـراك فى هذا العمل نظير الاشتراك فى الديون الشاغلة للذمم.

ويرى علماء التـشريع الوضعى ـ كمـا تقدم ـ أن عقد الإجارة لا يفـيد ملكا وإنما يفيد المسـتأجر التزامـا فى ذمة الأجير بتمـكينه من الانتفاع بالعين المسـتأجرة. والوفاء بهذا الالتزام يكون بتسليم العين المستأجرة إلى المستأجر ليستوفى حقه منها.

وبناء على ذلك يكون تسليم العـين أثراً مباشرا لـلملك وفاء به على رأيهم، فى حين يرى فـقهـاء الشريعة أنه أثر لتـملك المستـأجر منفعـة العين وتعـينه طريقاً لاستيفائها من العين.

ومن فـقهـاء الزيدية من يعـرف الإجارة فى الأعـيان بأنـها عـقد على عـين مخصوصة مـعينة يستحق به قبض العين واستـمراره لاستيفاء منافعهـا مدة معلومة بأجرة معلومـة. وبالنسبة للأشخاص بأنها عـقد على تحصيل منفعة مـعلومة بأجرة معلومة، كما فى حاشية شرح الأزهار.

واتجاههم فى تعريف الإجارة بهذا التعريف يكاد يتفق مع اتجاه علماء التشريع الوضـعى فى أن أثرها هو التزام المؤجـر إما بإقـبـاض العين التى تعلق بهـا العقـد للمستأجـر، وإما بقيامه له بعمل يحصل علـيه منه، ولا شك أن هذا حق شخصى تدخل به ذمة المؤجر، غـير أن تعريف الإجارة بهذا التعـريف لا يتسق مع التكييف الشرعى الذى جعل أساسـا لترتب أحكامها عليها اتسـاق التعريف السابق الذى هو

لجمهور الفقهاء من غيرهم. «انظر : (م ٥٥٨) مدنى مصرى، (٥٥٧) ليبى، (٥٢٦) مدنى سورى، (٧٢٢) مدنى عراقى». وقد ذكرنا فيما تقدم ـ حيث كان الكلام فى المنفعة ـ حكم تصرف المستأجر فى المنفعة التى يملكها.

العارية :

يعرفها الحنفية بأنها تمليك المنافع بغيرعوض فى الحال.

وعرفها قدرى باشا فى مرشد الحيران بأنها تمليك المستعير منفعة العين المستعارة بلا عوض، (م ٦٦٣).

وعرفها بعض المالكية بأنها تمليك العين بغير عوض فى الحال. وبناء على ذلك يرى أن الحنفية والمالكية يرون أن الإعارة سبب شرعى لإفادة المستعير ملك المنفعة.

وخالفهم فى ذلك الحنابلة والشافعية، فعرفها الحنابلة بأنها إباحة الانتفاع بالعين بلا عوض.

وعرفها الشافعية بأنها عقد يفيد إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه.

وبناء على ذلك لا تكون العارية سببا لملك المنفعة وإنما تعد سبباً لإباحتها لاتملكها وإلى هذا ذهب الكرخى من الحنفية.

وقد استدل أصحاب الرأى الأول بدليلين :

١ ـ أنها تنعقد بلفظ التمليك فلو قال شخص لآخر ملكتك منافع دارى شهراً كان ذلك إعارة منه لداره شهراً والملك خلاف الإباحة.

٢ ـ أن للمستعير أن يعير غيره إذا كانت العارية لا يختلف استعمالها باختلاف المستعمل وهذا نوع من التصرف فى المنفعة وهو إعارة الملك. ولو لم يكن المستعير مالكا ما جاز له أن يعير، ولذا لم يجز لمن أبيح له الانتفاع بشىء أن يعيره أو أن يبيح لغيره أن ينتفع به، وقد استعار رسول الله (ﷺ) يوم حنين دروعاً من صفوان، ولم يكن ذلك إلا لاستعمالها بواسطة جيشه، وذلك عن طريق إعارتها منه لهم، وذلك تصرف يدل على تملكه لمنافعها بالإعارة.

واستدل أصحاب الرأى الثانى بأربعة أدلة :

١ ـ أنهـا تنعقـد بلفظ الإباحـة، فلو قـال شخص لآخـر أبحت لك دارى تسكنها شهراً كان ذلك إعارة منه لداره شهراً.

٢ ـ أنها تصح من غير بيان مدة لها كـما إذا قال شخص لآخر أعرتك كتابى هذا، ولو كانت تمـليكا ما صحت لأن فى عـدم ذكر مدة الانتـفاع جـهالة لا يصح معـها التمليك، كمـا إذا استؤجـر الكتاب من غيـر مدة فإن الإجارة حـينئذ تكون فاسدة.

٣ ـ صحة نهى المعـير وذلك بإلزام المستعـير بما ينهاه عن المعير، فـلا يتجاوز فى انتفاعه بالعارية إلى ما يـنهاه عنه، ولو كان ملكا ما ألزم بذلك لأن المالك ينتفع بملكه كما يشاء.

٤ ـ أن المستعيـر لا يملك أن يؤجر العارية، ولو كان مالكا لمنفعـتها لجاز له إجارتها لأنها تصرف فيما يملك.

وقد نوقش هذا الاستدلال الذى استدل به للفريقين بما يأتى :

أولا : بالنســـبة إلى القائلـين بإفادتهـا الملكية ـ بأن انعقادها بلفظ التمليك لايصلح دلـيـلا على ذلك، إذ قد يكـــون أســـاس انعـــقادها بهـذا اللفظ هو استـعماله استـعـمالاً مجـازيا فى الدلالة على الإباحة، وشـروط هذا الاستعـمال متوافرة.

وبأن ما استدل به على إفادتها الملكية وهو جواز الإعارة من المستعير لاينهض دليلا على من خـالف ذلك إذ إن المخالفـين لا يرون للمستـعير أن يعـير وليس فى الحديث مـا يدل على أنه (ﷺ) قد أعار مـا استعـاره من صفوان إلى غـيره، وإذا حدث ذلك فـإنما حدث عن إذن من صفـوان، ولو بدلالة الحال فـالحال أن الوقت كان وقت حـرب وكانت العارية دروعاً عـديدة، أو بدلالة العرف وعندئذ لا يكون أساس ذلك الملك بل إذن المعير بالإعارة للغير.

ثانيا : بالنسبة إلى استدلال الآخـرين، نوقش بأن انعقاد الإعارة بلفظ الإباحة قد يكون الأساس فيه الاستعمال المجازى فى إرادة التمليك من هذا اللفظ.

وأن صحتها من غير بيان مدة ترجع إلى أنها عقد غير لازم، فلم يكن عدم ذكر المدة فيها مؤديا إلى الجهالة المفضية إلى النزاع كما فى كثير من صور المبادلات والتبرعات[1].

وإلزام المستعير بما ينهاه عنه المعير مرجعه إلى أن ذلك النهى من قبيل إنهاء الانتفاع المنهى عنه، وذلك ما يملكه المعير بحكم أنها عقد غير لازم.

وإنما لم يؤجر المستعير العارية، لأن الإجارة عقد لازم فلا تبنى على عقد غير لازم وإلا ترتب على ذلك تغيير المشروع بجعل اللازم غير لازم، وهو الإجارة فى حالة ما إذا استرد المعير العارية قبل انتهاء مدة الإجارة، أو بجعل غير اللازم لازما وهو الإعارة، فلا ترد العارية إلى صاحبها إذا ما رجع فى هذه الحال.

وإلى ذلك يرى أن منافع العين المستعارة معدومة عند إقدام المستعير على إجارتها فلا يرد عليها العقد ولا يمكن أن تجعل العين فى يد المستعير قائمة مقامها لأن يد المستعير عليها يد غير مستقرة وبقاؤها فى يده مجرد أمل واحتمال فلا تصلح أن تعد قائمة مقام منفعة يرد عليها عقد الإجارة.

وقد ذهب المالكية إلى أن المستعير يجوز له أن يؤجر العارية لغيره كما يجوز له أن يعيرها لغيره، لأنه مالك للمنفعة. ومن آثار الملك جواز التصرف فيها على جرى العادة وعلى الوجه الذى ملك[2].

ومن هذا يرى أن ليس فى هذه الأدلة دليل ملزم للمخالف، ومما ينبغى أن يلاحظ فى هذا الموضوع أن الحنابلة يرون أن العارية مجرد إباحة وليست عقدأ يتوقف على القبول من المتسعير بل هى مجرد إذن بالانتفاع، ولكن الشافعية مع ذهابهم إلى أن العارية تفيد الإباحة يرون أنها عقد يتوقف انعقادها على الإيجاب

---

(١) وفى هذا النقض نظر، لأن المدة تعد معياراً للمنفعة التى هى محل العقد ، وهى التى يراد تمليكها به، وهى تختلف وتتعدد باختلاف الزمن ؛ فالمنفعة فى وقت غير المنفعة فى وقت آخر، فعلى أية منفعة وقع العقد أهى المنفعة أثر التعاقد فقط، أو هى وما يليها؟ وإذا كان الأمر كذلك، فإلى اى أمد يتملك المستعير أيتملكها طيلة حياته؟ وذلك ما ينفيه العرف ولا يدل على زمن معين، وعلى هذا الوضع لا يصح التمليك، الا ترى أنهم جعلوا الوصية المطلقة مؤبدة فى الحكم، وليست الجهالة المفتقرة فى التبرعات من هذا النوع وإذا وجد شىء منها توقف نفاذ التبرع على بيان المتبرع.

(٢) راجع الشرح الكبير للدرديرى، جـ ٣، ص ٢٣٨، ونهاية المحتاج، جـ ٥، ص ١٣٧، والمغنى جـ ٥، ص ٣٦٠، والزيلعى، جـ ٥، ص ٨٥.

والقبول، ويفرقـون بينها وبين الإذن بالانتفاع بأن انتفاع المستـعير بالعارية بناء على عقد الإعارة يجعـل يده عليها يد ضمان، فإذا هلكت بلا تعد ولا تقصـير ضمنها، بخـلاف المأذون له فى الانتفـاع فإن العـين فى يده تكون أمـانة. أما الحنابلة فـلا يفرقون بيـنهما ويرون أن الإذن بالانتفاع مـتى صاحبه وضع يد المنتـفع على العين صارت عارية فى مذهبهم.

والعارية عند الحنفـية إما مطلقة وإما مـقيدة، والمقيدة إمـا أن تقيد بوقت أو بمنفعة أو بمنتفع أو بمكان.

فإذا قيدت بوقت أو بمنفـعة معينة من منافعهـا ، أو قيدت بهما تقيد المسـتعير بذلك، فلا ينتفع بالعـارية قبل مجىء الوقت المحدد للانتفاع، بل ولا ينتـفع بمنفعة أخرى إلا إذا كـانت أدنى منها أو مماثلة، فـإذ استـعار دابة للركوب لـم يجز له أن يحمـل عليها. ذلك لأن الانـتفاع بهـاتصرف فى ملك الـغير، فـلا يملك إلا على الوجه الذى أذن فيه المالك وذلك محل اتفاق.

وإذا قيدت بمنتفع ـ كأن شرط المعير على المسـتعير أن ينتفع بنفسه أو بواسطة فلان-فلا يجوز مخالفة هذا الشرط فيمـا يختلف استعماله باختلاف المنتفع، ويجوز له المخالفة فـيما لا يختلف باختلاف المسـتعمل لعدم فائدة الاشتـراط حينئذ، ولأن المخالفة لا تعد مخالفة إذا كانت إلى خير أو إلى مثل مساوٍ، وهذا مبدأ عام ـ وهذا مع ملاحظة التقيد بالزمن أو بالمنفعة فى هذه الحال.

وذهب التشريع الوضـعى إلى تقييد المسـتعير بما يقيده به المعـير مطلقاً، وإذا قيدت بمكان لـم يجز له أن ينتفع بها فى مكان آخر لأن نقلها إلى مكان آخر تصرف لم يأذن به المالك، فلا يجوز، فـإذا استعار دابة ليركبهـا فى القاهرة فليس له نقلها ليركبها فى الإسكندرية.

وإذا كانت مطلقـة انتفع المسـتعيـر بأى نوع من ضروب الانتـفاع، وفى أى وقت وفى أى مكان عند الحنفية؛ لأن الأصـل فى المطلق أن يجرى على إطلاقه، وقد ملك منافع العارية على وجه الإطلاق، فكان له أن يستـوفيها على هذا الوجه ولا يتقـيد إلا بالعرف لأن المطلق يتقـيد بالعرف. والعـقد كما يتـقيد باللفظ يتقـيد بالعرف، غير أنه يتقـيد بأول منتفع فيما يختلف باختلاف المسـتعمل، فإن انتفع هو

بالعارية ابتداء لم يجز له أن يعير غيره بعد ذلك، وإن أعارها ابتداء لغيره لم يجز له بعد استردادها منه أن ينتفع بنفسه بعد ذلك؛ لأن الانتفاع الذى أذن له فيه أو ملكه بالإعارة انتفاع مطلق، فيتقيد بأول منتفع، وبناء على ذلك تتعين المنفعة التى أفاد الإعارة بالفعل فلا يجوز تجاوزها. ولكن إذا كانت المنفعة مما لا يختلف باختلاف المستعمل، لم يتقيد المستعير بأول منتفع لعدم الفائدة فى التقييد. ولذا لايتقيد كذلك عند اشتراط ذلك لفظاً وإنما جاز له ابتداء أن ينتفع بنفسه أو يعير غيره لوجود الإطلاق.

والحكم عند التعميم كالحكم عند الإطلاق، كما إذا قال المعير فى إيجابه : أعرتك هذه الدار ليسكنها من تشاء.

من فقهاء الحنفية من يرى أن المستعير إذا جاز له أن يعير غيره كان مالكا، وكان له بمقتضى ملكه ألا يتقيد بأول منتفع، فيجوز له أن ينتفع بنفسه بعد أن يكون قد أعار غيره فانتفع[1]. ولا يتقيد فى هاتين الحالين بزمان ولا بمكان ولا بنوع من أنواع الانتفاع الذى يستوفى منها عادة.

ويرى الشافعية أن انتفاع المستعير بالعارية يتقيد بما أذن به المعير مطلقاً، لافرق بين ما يختلف استعماله باختلاف المستعمل وما لا يختلف مع مراعاة العرف، وأن الإذن والتقييد قد يكون عرفاً كما يكون نصاً، غير أنه إذا أذنه بمنفعة كان له تجاوزها إلى مثلها أو دونها ما لم ينهه عن ذلك[2] لأن الرضا بشىء يعد رضا بمثيله أو بما هو دونه، وإن شئت قلت بما هو أقل ضرراً.

ويلاحظ أنهم لا يجعلون للمستعير حق الإعارة لغيره على الأصح، ومثلهم الحنابلة فى عدم جواز ذلك للمستعير وفى وجوب تقيد المستعير بما يقيده به المعير.

ويظهر لى من بيان المالكية فى كتبهم أنهم يرون أن المستعير يتقيد بما يقيد به المعير إلا فى منفعة تجاوزها إلى مثلها فى النوع، أو إلى ما هو أخف منها وأدنى مشقة[3] لا إلى منفعة تختلف عنها نوعاً.

---

(١) الزيلعى وحاشية الشلبى عليه، جـ ٥، ص ٨٥ وما بعدها.
(٢) نهاية المحتاج، جـ ٥، ص ١٣٧، والمغنى جـ ٥، ص ٣٦.
(٣) الشرح الكبير للدردير، جـ ٣، ص ٤٣٨.

وفى القانون المدنى المصرى (م ٦٣٩) والقانون السورى المدنى (م ٦٠٥) والمدنى الليبى (م ٦٣٨) ، أن للمستعير أن يستعمل العارية على الوجه المبين فى عقد الإعارة مع مراعاة العرف وطبيعة العين المستعارة ولا يجوز له دون إذن المعير أن ينزل عن الاستعمال لغيره، ولو على سبيل التبرع. ولا يكون مسئولا عما يلحق الشيء المعار من تغيير أو تلف بسبب الاستعمال الذى يبيحه عقد العارية. وهذا ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

أما القانون العراقى المدنى فقد جاء فى مادته (٨٥١) أن المعير إذا قيد المستعير بنوع الاستعمال أو وقته أو مكانه فليس للمستعير أن يستعمل العارية فى غير الوقت والمكان المعينين وليس له مخالفة نوع الاستعمال المأذون فيه ومجاوزته إلى ما هو فوقه ضررا، وإنما له استعماله استعمالا مماثلا لما قيد به أو أخف منه ضرراً - وهذا ما يتفق ومذهب الحنفية ولا يكاد يختلف عما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

وفى مادته (٥٨٢) ينص على أن المعير إذا أطلق للمستعير الانتفاع فى الوقت والمكان ونوع الاستعمال، جاز له أن ينتفع بالعارية فى أى وقت وفى أى مكان، وبأى استعمال أراد بشرط ألا يجاوز المعهود المعروف؛ فإن جاوزه وهلكت العارية ضمنها، وهذا ما يتفق ومذهب الشافعية والحنابلة وكذلك مع مذهب الحنفية.

وفى مادته (٨٥٣) نص أولاً على أن المعير إذا أطلق للمستعير الإذن بالانتفاع، ولم يعين منتفعاً جاز للمستعير أن ينتفع بنفسه بالعين المعارة وأن يعيرها لمن شاء سواء أكانت المنفعة مما تختلف باختلاف المستعمل أم لا، ما لم يكن قد استعملها بنفسه وكانت مما تختلف بالاستعمال فليس له بعد ذلك إعارتها إلى غيره - ويقتضى ذلك أنه إذا أعارها ابتداء لغيره، لم يكن له أن يعيرها لشخص آخر خلافه، إذ لا يفترق ذلك عما إذا انتفع بها ابتداء - ولكن هل ينتفع بها هو بعد ذلك، يظهر من مفهوم المادة أن له ذلك وهو مذهب بعض الحنفية وقد أشار إليه الزيلعى، وعلى ذلك فهذا الحكم يتفق فى جملته مع مذهب الحنفية.

ونص ثانيا على أنه إذا قيد المعير العارية وعين منتفعاً يعتبر تعيينه - سواء اختلف الاستعمال باختلاف المستعمل أم لا، وإذا خالف المستعير فتلفت العارية ضمن.

ونص ثالثاً على أنه إذا نهى المعير المستعير عن إعارة العين فأعارها وهلكت ضمن قيمتها، وفى هذين الحكمين خالف مذهب الحنفية من حيث إطلاق الحكم إذ هو مقيد عندهم بما يختلف فيه الاستعمال باختلاف المنتفع.

وإذا كان المستعير يعد مالكا لمنفعة العين المستعارة عند الحنفية والمالكية، فإنه قد يكون أكثر من واحد، كما إذا استعار العين اثنان أو أكثر من مالكها على وجه الاشتراك، فعندئذ يكون كل مستعير من هؤلاء مالكاً لحصة شائعة من منفعة العين المستعارة، فإذا ما تسلموها انتفعوا بها على وجه الاشتراك أو على وجه التهايؤ كما سيأتى بيانه. ويلاحظ أن الاشتراك فى المنفعة نتيجة الاشتراك فيما أعير لهم.

الوصية :

الوصية التى تفيد ملك المنفعة وحدها هى الوصية بالمنافع، فإذا أوصى شخص لاثنين أو لأكثر بمنفعة عين من الأعيان كانوا شركاء فى ملك منفعة هذه العين، وكان لكل منهم حصة شائعة فى هذا الملك، وكان لهم هذا الملك بتمام الوصية، وذلك بموت الموصى مصرا عليها وقبولها من الموصى لهم، وكان لهم عندئذ أن ينتفعوا بها على وجه الاشتراك أو بالتهايؤ على ما سيأتى بيانه.

ويرى الحنفية أن الوصية بالمنافع تفيد تمليكها سواء أكانت مطلقة أم غير مطلقة أم مؤبدة، غير أنها عند التقييد تفيد الموصى له ملكية مقيدة.

وإلى هذا ذهب الحنابلة كما يفهم من إطلاقهم[1]. ولذا أجازوا للموصى له أن يؤجر وأن يعير لأنه مالك للمنفعة، ومن أحكام الملك جواز التصرف، كما ذهبوا إلى أنها تورث إذا توفى الموصى له قبل انتهائها.

وقد علمت أن الحنفية إنما يجوزون للموصى له بالمنفعة أن يعير ولا يجوزون له أن يؤجر إلا إذا أوصى له بالاستغلال لأنه ملك المنفعة بالمجان، فلا يملك أن يملكها غيره بعوض لأن الملك بعوض أقوى من الملك بالمجان، ولا يرون جريان التوارث فيها لأنها تنتهى دائما بوفاة الموصى له.

(١) راجع القواعد لابن رجب، ص ١٩٦، وكشاف القناع، جـ ٢، ص ٥٢١، والشرح الكبير للدرديرى، جـ٥، ص ٤٤٨، ونهاية المحتاج، جـ ٦، ص ٨٣، وأحكام الوصية للمؤلف، ص ٤٦٤ وما بعدها.

أما المالكيـة فيرون أن الوصـية بالمنافع قـد تفيد ملك المنفـعة وقد تفـيد حق الانتفـاع، وذلك بحسب مـا تدل عليه عبـارتها وما يحـتف بها من القـرائن، كأن يوصى بالمنفعـة لتكون له على أى وجه شاء وليتـفع بها على أى وضع أراد ـ وإذا ما أفادت ملك المنفـعة كان للموصى له أن يؤجر وأن يعيـر وأن يحبس، ولا تنتهى بوفاة الموصى له ويجـرى فيها التوارث، بخـلاف ما إذا أفادت حق الانتفـاع، فإنها تكون من قبيل الإباحة وتنتهى بوفاة الموصى له.

ويرى الشافـعية أن الوصيـة بالمنافع تكون من قبيل التـمليك وقد تكون من قبيل الإباحـة ، فإذا كانت مقيدة بحـياة الموصى له كانت من قبيل الإباحـة كما إذا قال الموصى أوصيت لفلان بمنافع هذه الدار مدة حياته. وعندئذ لا يكون للموصى له أن يؤجر. وأما الإعارة للغير ففيهـا وجهان : أصحهما عدم الجواز، وإذا كانت مؤيدة أو مطلقة كـانت من قبيل التمليك ومن ثم جـاز للموصى له فى هذه الحال أن يؤجـر وأن يعيـر وأن يوصى بهـا وأن يسافـر بالعين عـند الأمن ويجرى فـيهـا التوارث[1].

وقد ذهب القانون المدنى إلى انتـهاء انتفاع المنتفع بوفاته، إذا كـان حق انتفاع أو إعارة أو وصية ـ (م ٩٩٤، ٦٤٥) ، (م ٥٩) من قـانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

الوقـــــف :

الوقف يفـيد الموقـوف عليه ملـك المنفعـة على الوضع الذى تحدده شـروط الواقف. فإذا كـان الموقوف عليـه معيـنا تملك منفعة الـعين الموقوفـة عند جمـهور الفقهاء ، أما إذا كان غير معين بأن كان غيـر محصور كالفقراء أو جهات البر، فقد اخـتلفـوا فى ذلك، فـمنهم من ذهب إلى أنه فى هذه الحـال من قـبـيل الإباحـة كالشافـعية ، ومنهم من ذهب إلى أنه من قبـيل تمليك المنفعة كالحـنفية ، ولكن لا يثبت الملك للموقوف عليه إلا بالتسلم عندهم أى بالاستـيفاء تسليما أو انتفاعا وإلى ذلك ذهب الحنابلة.

(١) راجع : نهاية المحتاج، جـ ٦، ص ٨٣، وأحكام الوصية للمؤلف ، ص ٤٦٤ وما بعدها.

ويرى المالكية أن أثر الوقف يرجع إلى إيجاب الواقف وما يدل عليه، فإذا دل على مجرد انتفاع الموقوف عليه بالموقوف كأن وقف فلان داره على سكنى فلان، أو على أن يسكن فلان، أفاد إباحة الموقوف عليه الانتفاع بالسكنى دون ملك المنفعة - ولذا لم يكن له أن يؤجر لغيره ولا أن يسكن غيره - وإذا كانت صيغة الإيجاب تحتمل تمليك الانتفاع وتمليك المنفعة، وشككنا فى تناولها المنفعة حملت على أن المراد بها الأدنى وهو تمليك الانتفاع أى الإباحة لأنه المتيقن، وإذا دلت على التمليك بأن تضمنت أن الموقوف عليه ينتفع بالعين الموقوفة بجميع أنواع الانتفاع أو صاحبها من القرائن ما يدل على إرادة ذلك - فإنها حينئذ تفيد ملك المنفعة.

وإذا كان الوقف فى هذه الحال على متعدد كان لكل من الموقوف عليهم حصة شائعة فى ملك منفعة العين الموقوفة فيشتركون فى الانتفاع بها، على سبيل الاشتراك أو على التهايؤ كما سيأتى[١].

الإقطاع :

يرى أبو يوسف رحمه الله أن للإمام أن يقطع كل موات وكل ما ليس فيه ملك لأحد، كما يرى أن للإمام العادل أن يقطع من بيت المال وأن يجيز منه من كان له عناء فى الإسلام، ويضع ذلك موضعه ولا يحابى به أحدا - نقل ذلك ابن عابدين من كتاب الخراج، وعلق عليه بأن القطائع تكون من بيت المال، وقد تكون من الموات - وذكر أنها إذا كانت من بيت المال فإنها تكون لمن هو من مصارفه - ويترتب على الإقطاع تملك رقبة الأرض[٢].

وذكر فى كتاب الوقف أن الشيخ قاسم قال : إن من أقطعه السلطان أرضاً من بيت المال ملك المنفعة، فله إجارتها ويبطل هذا الإقطاع بموته، أو بإخراجه من الإقطاع لأن للسلطان أن يخرجه منه، كما ذكر قبل هذا أن الإقطاع هو ما يقطعه الإمام، «أى يعطيه» من الأراضى رقبة أو منفعة لمن له حق فى بيت المال[٣].

(١) الفروق للقرافى ، جـ ١ ، ص ٣٨٨.
(٢) ابن عابدين، جـ ٣، ص ٢٩٠ ، طبعة الحلبى.
(٣) ابن عابدين ، ص ٤٣١، من نفس المرجع.

ومن هنا يفهم أن الإقطاع قد يكون سببا لملك المنفعة كما يكون سببا لملك الرقبة وينتهى بموت صاحبه إذا أفاد ملك المنفعة.

ويرى الشافعية أن الإقطاع لا يفيد إلا انتفاع المقطع له على الرأى المختار - ولذا لايكون له أن يؤجر إلا أن يأذن له الإمام بذلك، أو يستقر العرف عليه كما فى الإقطاعات بديار مصر - نقل ذلك العلائى وهو اختيار تاج الدين الغزارى - وأفتى النووى بصحة إجارة الإقطاع - وينتهى الإقطاع بوفاة المقطع[1].

ويرى المالكية أن للإمام أن يقطع وأن الإقطاع ليس من قبيل التمليك الحقيقى، ولذا كان للإمام أن يسترد ما أقطعه فى أى وقت شاء[2]. ومقتضى هذا فيما أرى أنه لا يفيد إلا ملك المنفعة[3].

ويرى الحنابلة أن للإمام أن يقطع، وإذا أقطع فقد يكون على وجه الاستغلال لا على وجه التمليك، وهذا لا خلاف فيه عندهم - وقد يكون على وجه التمليك وفى هذا خلاف، فمنهم من منعه ومنهم من أجازه، وإذا كان على وجه الاستغلال كان لمن أقطع أن يؤجر لأن الإجارة من قبيل الاستغلال - ودل ذلك على ملك المنفعة.

الوراثة :

يرى الحنفية أن ملك المنافع ومثله حق الانتفاع لايقبل التوارث بل ينتهى بموت مالكه، ولا ينتقل إلى ورثته بأية حال عندهم، ذلك لأن انتقال الشىء من مالك إلى مالك آخر لا يتصور إلا مع بقائه والمنافع لا بقاء لها لأن ما يوجد منها فى حياة مالكها ينعدم بوفاته، والمعدوم لا يتصور فيه الانتقال ، وإذن لا تورث المنافع بل تنتهى دائما بموت مالكها. وما قد يوجد منها بعد وفاته لا يملكه لأنه كان معدوما حال حياته، والمعدوم لا يملك - وإذن فلا وراثة فى المنافع فى جميع الأحوال.

واستثنى الحنفية من ذلك حقوق المرور والشرب والمسيل والتعلى ، فذهبوا إلى انتقالها بالوراثة، وإن كانت من قبيل ملك المنفعة ، وذلك لأنها جرت مجرى الأموال فى دوامها وبقائها لاصقة بالعقار، فثبت فيها لذلك التوارث.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى، ص ٣٨٢.

(٢) الفروق للقرافى ، جـ ٣، ص ٨.

(٣) القواعد لابن رجب، ص ١٩٦ - ٢٠٠.

أما المالكية والشافعيـة والحنابلة فقد رأوا أن المنافع الموصى بها تنتقل بالوراثه إلى ورثة الموصى له إذا كـانت الوصيـة غيـر محـددة بموت الموصى له، وذلك بناء على أنهـا أمـوال عندهم والأمـوال تورث، وعلى ذلك يرى الشـافعـيـة والحنابلة والمالكية فى الوصيـة المؤقتة أن من أوصى له بسكنى دار عشر سنين مـثلا ثم مات بعد سنتين من قبوله الوصية حل ورثتـه محله فى المدة الباقية، بالوراثة فيكون لهم سكنى هذا الدار بقـية المدة، وكذلك الحكـم عندهم فى الوصية المـؤبدة إذا كانت لمعين أو لموصوف محصور، فـتنتقل المنفعة بطريق الوراثة إلى ورثة الموصى لهم ثم من بعد كل منهم ينتقل مـا كان له إلى ورثته، وهكذا على الوضع الذى تورث به الأعيـان فتنـتقل إلى الأحـقاب، ويلاحظ أن حكم الوصـية المطلقـة عند الحنفـية والشافعية والحنابلة حكم الوصية المؤبدة.

أما المالكية فيختلف الحكم عندهم فى الوصية المطلقة باختلاف العين الموصى بمنفعـتها، فإن كانت مما لاحـياة لها كالدار والأرض كـانت مقيدة بحـياة الموصى له كرأى الحنـفية وعلـى ذلك لا تورث إذا توفى الموصى له قبل هلاك العـين. ويرى أشهب أنهـا فى الحالين تتـقيد بحـياة الموصى له فلا تتـأتى الوراثة فى منافعـها[1]. (راجع م (٥٩) من قـانون الوصـيـة ١٧ لـسنة ١٩٦٢ مـدنى مـصـرى، (٩٥٤) سورى، (٩٩٧) ليبى، (١٢٥٧) عراقى) ذلك الحكم فى الوصية.

أما فى الإجـارة ، فإن الحنفية يـرون أنها تنتهى بوفاة المـستأجر أثناء مـدتها، وإذن فلا توارث فيما يترتب عليها من منافـع كما تقدم - وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنها لا تنتهى بوفاة المستأجر فى أثنـاء مدتها ، وعلى ذلك يقوم ورثته بعد وفاته مقامه فى استيفاء منافع العين المستأجرة بطريق الوراثة بقية المدة.

أما المالكية فيرون أن ورثة المستأجـر يجوز لهم عند وفاته أن يلتزموا للمؤجر بما يكون قد بقى له من أجرة، وعندئذ يقومون مقام مورثهم فى منافع بقية المدة إذا رضى المؤجر بذمتهم أو نقدوه الأجرة، فـإن لم يرض كان له فسخ عقد الإجارة ، وذلك ما يدل على بقـائه فى هذه الحال وإن أبى الورثة أن يلتزموا بـالأجرة أجرت العين المستأجرة فى المدة الباقية ، وأعطى من أجـرتها للمؤجر ما يفى بحقه والباقى

(١) راجع أحكام الوصية لنا، ص ٤٥٨ وما بعدها.

بعد تركة المستأجر، فإن لم تف أكمل للمؤجر أجرته من تركة المستأجر. ومؤدى ذلك أن الأجرة إذا كانت قد أعطيت للمؤجر حال حياة المستأجر قام ورثته مقامه فى استيفاء منافع المدة الباقية بطريق الوراثة وأن عقد الإجارة لا ينتهى بالوفاة.

والقول بوراثة ورثة المستأجر هو ما ذهب إليه القانون المدنى المصرى (م٦٠١) والقانون المدنى العراقى (م ٧٨٣) والليبى (٦٠٠) والسورى (٥٦٨).

وأما فى الإعارة فالحنفية يرون انتهاءها بوفاة المستعير، وإذن فلا توارث فيما تفيده من منافع، وإلى هذا ذهب الشافعية والحنابلة لأنها إنما تفيد إباحة الانتفاع والإباحة تنتهى بالموت.

ويرى المالكية أنها تلزم المعير إن قيدها بمدة أو بعمل، فلا يجوز له أن يسترد العارية قبل المدة أو قبل انقضاء العمل، وعلى ذلك لا تنتهى بوفاة المستعير فى مدتها، ولا بوفاته قبل انتهاء العمل الذى قيدت به بل يقوم وارثه مقامه فيما بقى.

وذهب التشريع الوضعى فى البلاد العربية إلى أن العارية تنتهى بوفاة المستعير (م٦٤٤) ليبى، (٨٦٣) عراقى، (٦١١) سورى، (٦٤٥) مصرى، وفيها جميعا أن ذلك ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك.

ونفقة العين الموصى بمنفعتها والعين المعارة على المنتفع بها لا على المالك عند الحنفية ما دام منتفعا بها؛ لأن الغرم بالغنم، فإن كانت حيوانا فعليه علفها ونفقات المحافظة عليها، خلافا للشافعية والحنابلة إذ أوجبوا النفقة على المالك أثرا للملك (نهاية ، جـ ٥، ص ١٢٤، وكشاف القناع، جـ ٢، ص ٣٣٨).

وأما فى الوقف فلا محل للتوارث فيه اتفاقاً لأن الانتفاع بالموقوف إنما يكون بما تقضى به شروط الواقف، فيكون لمن يستحقه بالشرط وارثا كان أم غير وارث.

وأما الإقطاع - فلا توارث فيه عند من ذهب إلى أنه يبطل بموت المقطع «المنتفع» وكذلك عند من يرى أنه لا يفيد إلا حق الانتفاع كالشافعية على الرأى المختار عندهم، إلا أن يجرى العرف ببقائه بعد وفاة المقطع وانتقاله إلى ورثته بالوراثة.

وتجرى فيه الوراثة على القول بلزومه وإفادته ملك المنفعة.

ونظير ذلك فى الحكم منافع الأرض الخراجية عند من يرى أن رقبتها لاتكون ملكا لمن أبقيت فى أيديهم وإنما يكون لهم ملك المنفعة. أما الرقبة فتكون وقفا على المسلمين. وهذا مذهب الحنابلة ، فقد جاء فى مطالب أولى النهى : ومن كان بيده أرض خراجية فهو أحق بها ويرثها ورثته على الوجه الذى كانت عليه فى يد مورثهم كسائر حقوقه، وليس للإمام أخذها منه. وذلك خلاف ما ذهب إليه المالكية إذ ذهبوا إلى وقفها وإلى أنه لا توارث فيها، بل الأمر فى انتقالها بعد وفاة صاحب اليد عليها إلى الإمام فله أن يجعلها فى يد من شاء من ورثته أو من غيرهم.

الشركة فى الحقوق :

من الحقوق ما لا يقبل الاشتراك فيثبت لصاحبه كاملا، كحق الشفعة وحق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق المرور.

ومنها ما يقبل الاشتراك فيثبت لواحد أو لأكثر.

وإذا لاحظنا أن الحقوق ضرب من المنافع، فإن الاشتراك فيها إذا ما حدث كان فى الحكم، كالاشتراك فى المنافع، على ما بينا، ويثبت الاشتراك فيها إذا ما اتصل سببها بمتعدد.

وأسباب ملك الحقوق عديدة ، وهى مبينة فى أبواب الفقه على اختلافها، وفى ذلك غناء عن التعرض لها فى هذا المقام خشية الإطالة. ومن الحقوق التى تقبل الاشتراك حق الشرب وحق التعلى وحق الرد بخيار الشرط فى البيع عند تعدد عاقديه، وحق الدين، وحق حبس الرهن وغيرها؛ كحق الحفظ كما إذا أودع شخص وديعة عند اثنين فإنهما يكونان شريكين فى القيام عليها، وفى حفظها، وكما إذا ألقت الريح متاعا فى دار مشتركة، فإن الشركاء فيها يكونون شركاء فى حفظها[1].

(1) الدر المختار، جـ ٣، ص ٣٦٤، طبعة الحلبى.

الملكية الشائعة فى الأعيان

لهذا النوع من الملكية حالان :

إحداهما : ملكية المتجاورين فى الدور للجدار المشترك بينهم الفاصل بين دورهم.

ثانيتها : ملكية الأرض وما قد يكون مقاما عليها من المبانى والأشجار والزرع وغيرها من المنقول.

الملكية الشائعة فى الجدار المشترك الفاصل بين ملكين :

ذكر الفقهاء أن انتفاع الشريك بالعين المشتركة جائز بشرط ألا يترتب عليه ضرر بالشركاء الآخرين.

وهذا أصل عام وبناء على ذلك، إذا كان لجارين جدار مشترك بينهما كان لكل منهما أن ينتفع بهذا الجدار بوضع الأخشاب عليه ابتداء إذا كان ذلك لا يضر بالجدار، ويرفعها من أسفل إلى أعلى ويخفضها من أعلى إلى أسفل ما دام ذلك لايضر به، كما يكون له نزع أخشابه منه بشرط عدم الضرر.

ولو أراد أحدهما أن يزيد فى ارتفاعه فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه، ولصاحبه منعه لأن هذا يعد من قبيل التصرف فى المال المشترك، فلا بد فيه من رضا شريكه إذ إنه يعد عرفا من قبيل التغيير. والتغيير فى المال المشترك تصرف، ولكن لكل شريك أن يضع خشبه عليه؛ لأن ذلك من منافع الحائط المشترك، وذلك مشروط أيضا بعدم تضرر صاحبه بذلك. ولا يشترط أن تكون أخشاب أحدهما مساوية لأخشاب الآخر.

وإذا انهدم الحائط أوخيف انهدامه لوهنه فلذلك حالتان :

الأولى : ألا يكون عليه حمولة من قبل، وفى هذه الحال إذا طلب أحدهما قسمة العرصة وأبى الآخر، لا يقسم بينهما، فقد روى عن محمد فى ذلك أنه إذا انهدم حائط بين شريكين فقال أحدهما اقسم، وأبى الآخر، أنه لا يقسم بينهما فربما أصاب كلا منهما بالقسمة مع القرعة بينهما ما لا يلاصق دار صاحبه وما لا

يتصل بداره. ورتب على هذا بعض المشايخ أن ذلك الحكم إنما يكون إذا ما رفع الأمر إلى قاضٍ لا يرى القسمة إلا بالقرعة، أما إذا رفع إلى من يرى القسمة بلا قرعة، فإنه يقسم بينهما إذا كانت العرصة عريضة بحيث يتسع كل نصيب لإقامة حائط مستقل فيجعل لكل منهما ما يلاصق داره تتميما للفائدة، وإلا لم يقسم بينهما. ويرى بعض المشايخ أن عرصة الحائط إذا كانت عريضة على هذا الوضع يجبر الآبى وبه يفتى لما فى ذلك من تمام الفائدة، كأرض بين شريكين.

وإذا طلب أحدهما فى هذه الحال أن يقوم ببناء الحائط على نفقتهما وأبى الآخر عليه ذلك، فإذا كانت عريضة لم يجبر الآبى على قبول ذلك إذ مآل ذلك إجباره على البناء في ملك شريكه، ولا يجبر على ذلك إلا إذا أصاب شريكه من ذلك ضرر، ولا ضرر لاستطاعة طالب البناء أن يقسم ويبنى على حصته. وذهب بعض المشايخ إلى إجباره إذ فى إبائه ضرر، وهو أن الطالب قد لا يستطيع البناء فتتعطل منافع الحائط. وسيصيب الآبىَ من المنافع ما يعوضه، وذلك ما يدل على عدم إجباره إذا لم تكن عريضة لتحقق الضرر بالشريك.

وإذا بنى أحدهما بلا إذن من شريكه فهل يكون له أن يرجع على شريكه بشيء؟ قيل لا يرجع لأنه يعد فى هذه الحال متبرعاً سواء كانت العرصة عريضة أم لا. وقيل إذا كانت عريضة لم يرجع لأنه بنى وهو غير مضطر إلى البناء إذ كان يمكنه أن يقسم وإلا رجع.

وإذا كان الحائط عليه حمولة قبل هدمه، فلذلك صورتان :

الأولى : أن تكون الحمولة لهما. وهاك أحكام هذه الحال :

١ - إذا طلب أحدهما قسمة عرصة الحائط بينهما فأبى الآخر لم يجبر؛ لتعلق حق كل منهما حينئذ بجميع العرصة، ولاشتراكهما فى الحمولة، وفى قسمتها إسقاط حق الآبى عن باقى العرصة. وليس منهما من أراد البناء حتى ينظر فى طلبه.

٢ - وإذا أراد أحدهما بناء الجدار وأبى عليه الآخر بناءه مطلقاً ففى ذلك ثلاثة آراء.

ذهب شيخ الإسلام إلى أنه لا يـجبر مطلقاً إذ لا يجبـر إنسان على البناء فى ملك غيره.

وذهب السرخسى إلى أنه مجبر مطلقا إحـياء لحق صاحبه، وفى ذلك منفعة وعليه الفتوى.

وذهب بعض المشايخ إلى التفـصيل : فقال إن كانت عرصـة الجدار عريضة لايجبر، لإمكان القسمة ، وإلا أجبر دفعا للضرر.

٣ ـ إذا طلب أحـدهمـا بناءه من شـريكه، ولم يمـانع فى بـنائه وهو يأبى المشاركة معه ـ كما طلب لم يجبر شريكه على ذلك، وقيل لـهما إن شئتما فاقتسما العرصة، وهذا إذا كـانت العرصة عريضة، فإن كـانت لا تقبل القسمة اشـتركا فى البناء إن أمكن إجـبار الآبى، وإن لـم يمكن فـبناه الطالب كـان له أن يرجع على صاحبه.

٤ ـ إذا بنى أحدهمـا بلا إذن صاحـبه عد مـتبرعـا وليس له أن يرجع على صاحبه بشىء . وعن محمد أنه يرجع لأنه إنما بنى إحياء لحقه فكان غير متبرع وهو الصحيح ـ وفى هذا القول تيسير.

٥ ـ إذا أراد أحدهمـا البناء وأراد الآخر القـسمة أجـيب طالب القسـمة إن كانت العرصة عريضة ، وإلا أجيب طالب البناء دفعا للضرر.

الثانية : أن تكون الحمولة لأحدهما. وهاك أحكام هذه الحال :

١ ـ إذا طلب صاحب الحمولة القسمة وأبى الآخر، وكانت العرصة عريضة أجبر على القـسمة، وبه يفتى ـ وإلا لم يجبـر لتحقق الضرر بالقسـمة وذلك لعدم قبول العرصة القسمة.

٢ ـ إذا طلب صـاحب الحمـولة البناء وأبى الآخـر أجبـر على ذلك، وهو الصحيح؛ إذ فى تركه ضرر بصاحبه.

٣ ـ إذا بنى صـاحب الحمولـة بلا إذن كان له الرجـوع على صاحـبه وهو الصحيح.

٤ ـ إذا قام بالبناء الآخر بدون إذن من صاحب الحمولة، فإن كانت العرصة عريضة عد متبرعا، ولم يرجع على صاحبه، وإلا رجع عليه.

ثم فى كل موضع لا يعد البانى فيه متبرعا، يكون له أن يمنع صاحبه من الانتفاع إلى أن يرجع عليه بما يصيبه من النفقة أو من قيمة البناء.

وجاء فى حاشية ابن عابدين :

وخلاصة القول فيما مضى أن الشريك إذا لم يضطر إلى العمارة مع شريكه بأن أمكنه القسمة فأنفق بلا إذن فهو متبرع، ولا يرجع على شريكه على القول الصحيح.

وإن اضطر وكان الشريك يجبر على العمل معه فلا بد من إذنه أو إذن القاضى، فإذا أذن من أحدهما يرجع عليه بحصته مما أنفق لأنه فى هذه الحال يعد وكيلا عنه فى العمل، وإلا كان متبرعا ليس له حق الرجوع بشىء إذ كانت له وسيلة لاستصدار إذن له بالبناء فأعرض عنها، فكان إعراضه دليل تبرعه.

وإن اضطر وكان شريكه لا يجبر على العمل معه، فإن أنفق بإذنه أو بأمر القاضى رجع على شريكه بحصته مما أنفق، وإن أقدم على العمل بلا إذن رجع على شريكه بحصته فى قيمة ما أقام[1]. وإنما لا يعد متبرعا لاضطراره وفقدان الوسيلة لحصوله على الإذن.

وإثبات أن الحائط الفاصل بين بناءين مشترك بين مالكيهما، تتبع فيه القواعد العامة للإثبات، فلا يختص ذلك بقاعدة خاصة، فعلى من يدعى ذلك الإثبات بالأدلة الشرعية الدالة على ذلك.

ذلك ما يتعلق بالشريعة الإسلامية، أما ما جاء بالقوانين الوضعية، فقد جاء القانون المدنى المصرى فيه ببيان شامل مستمد من التشريع الوضعى والشريعة الإسلامية، ونقله القانون الليبى حرفيا وأخذ القانون العراقى الجزء الأكبر من هذا البيان . أما القانون السورى واللبنانى فقد جاء بيان كل منهما مختصراً وتختلف بعض أحكامه عن أمثالها فى القانون المصرى وذلك نتيجة لاختلاف العادات والأعراف، وهو ما أسس عليه التشريع فى هذا المجال وفى الشرائع عامة.

---

(١) حاشية ابن عابدين ، جـ ٣، ص ٨٣٩، وجامع الفصولين، جـ ٢، ص ٢٠١.

فى إثبات الشركة فى الجدار :

تنص (م ٨١٧) مدنى مصرى على أن الحائط الذى يكون وقت إنشائه فاصلا بين بناءين يعد مشتركا حتى مفرقهما ما لم يقم دليل على العكس، وذلك ما نص عليه فى المادة (١٠٩١) مدنى عراقى، (٨٢٧) مدنى ليبى.

ومفاد ذلك أن يكون الحائط فاصلا بين بناءين لا بين أرضين، وأن يكون هذا الفصل على هذا الوضع قد تحقق منذ أنشئ الحائط، فإذا لم يتوافر ذلك بأن لم يكن وقت إنشاء الحائط إلا بناء واحد ملاصق له ثم أقيم بعد ذلك البناء الآخر، فلا تقوم هذه القرينة. وتحقق هذا الوضع يكفى فى الحكم بالاشتراك فى الحائط عند ادعائه حتى منتهى البناء الأخفض ـ أما ما يعلو فلا تكفى هذه القرينة لإثبات الشركة فيه، ويتناول الحكم بالشركة الجدار وعرصته، ويستطيع المنازع أن ينقض القرينة بدليل عكسى يدل على سقوط هذه القرينة بما يدل على عكسها. وقد تعد هذه القرينة فى الشريعة الإسلامية دليلا كافيا فى إثبات الشركة عند النزاع فيها عند من يرى بناء القضاء على القرائن إذا ما أفادت طمأنينة وظنا راجحاً.

حقوق الشركاء فى الحائط المشترك :

تنص المادة (٨٥٠) مدنى مصرى على أنه ليس لأحد الشركاء فى الحائط المشترك أن يطلب قسمته لأن الغرض الذى أعد له الحائط يستوجب أن يبقى دائما على الشيوع. ولذا كان هذا الشيوع إجباريا وللشريك فيه أن يستعمله بحسب الغرض الذى أعد له، وأن يضع فوقه أخشابا يقوم عليها السقف دون أن يحمل الحائط فوق طاقته. (م ٨١٤) فقرة ١ مدنى مصرى، (م ٨٢٣) فقرة أولى مدنى ليبى.

أما القانون المدنى العراقى فقد نص فى مادته (١٠٨٧) فقرة ١ على أن لكل من الشريكين فى الحائط المشترك أن يضع أخشابا أو غيرها بقدر ما لشريكه بشرط ألا يجاوز كل منهما ما يتحمله الحائط، وليس لأحدهما أن يزيد فى ذلك بدون إذن الآخر.

ونص فى المادة (٩٧٤) فقرة ٢ مدنى سورى على أنه يجوز لمالك حائط مشترك أن يضع أخشابا من جهة عقاره على الحائط المشترك أو أن يسند إليه جسورا أو منشآت أو سوى ذلك من الأبنية حتى غاية نصف الثقل الذى يتحمله الحائط.

ومثل هذا جاء فى (م ٧٠) من التقنين اللبنانى.

وهذا التشريع لا يختلف فى مجموعه عما أشرنا إليه من أحكام فى الشريعة الإسلامية، مع ملاحظة أن الشريعة إنما تشترط عدم إضرار أحد الشركاء بحقوق الآخرين، وألا يكون استعمال الحائط من شأنه أن يحمله فوق طاقته وإن تجاوز انتفاع أحدهما انتفاع الآخر به دون أن يحول ذلك دون انتفاع الآخر بمثل انتفاع صاحبه.

وليس لأحد الشركاء فى التشريعين أن يفتح فى الحائط المشترك مطلات أو منافذ لأن هذا يتعارض مع الغرض الذى أعد له الحائط، ويعد فى الواقع تصرفا غير مأذون به فى ملك الغير، ولذا كان للشريك حق منع صاحبه من فعل ذلك.

تعلية الحائط المشترك :

تنص المادة (٨١٥) مدنى مصرى على أن للشريك فى الحائط تعليته إذا كانت له مصلحة جدية فى هذه التعلية بشرط ألا يلحق شريكه بسبب ذلك ضرر بليغ، وعليه وحده أن ينفق على التعلية وصيانة الجزء العلوى وعمل مايلزم لجعل الحائط يتحمل زيادة العبء الناشئ عن التعلية دون أن يفقد شيئا من متانته، فإذا لم يكن الحائط المشترك صالحا لحمل التعلية فعلى من يرغب فيها من الشركاء أن يعيد بناء الحائط كله على نفقته بحيث يقع ما يزيد فى سمكه فى ناحيته هو بقدر الاستطاعة، ويظل الحائط المجدد فى غير الجزء المعلى مشتركا دون أن يكون للجار الذى أحدث التعلية حق فى التعويض.

وهذا يطابق ما جاء فى المادة (٨٢٤) مدنى ليبى والمادة (١٠٨٩) فقرة ٢ مدنى عراقى ـ وتعلية الحائط قد تكون لستر سطح البناء أو الطبقات الجديدة التى يريد الراغب فى التعلية إنشاءها، ولم يشترط القانون المصرى والقانون الليبى والقانون العراقى فى التعلية رضا الشريك الآخر، أو إذنه بل جعل ذلك حقا للشريك بخلاف القانون المدنى السورى والقانون اللبنانى إذ جاء فيهما أنه لا يجوز رفع الحائط المشترك أو البناء عليه بدون ترخيص من الشريك الآخر، وفى ذلك (م ٩٣٤) فقرة ١ مدنى سورى، و (م ٧٠) لبنانى، وذلك ما ذهب إليه فقهاء الحنفية كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق نقلا عن جامع الفصولين.

وبناء على ما تقدم، إذا اتفق الشركاء على التعلية تحمل كل منهم نصيبه فى نفقاتها. وإذا لم يكن هناك اتفاق كان للراغب فيها - مع مراعاة ما ذكرنا - أن يستقل بها بالشروط التى بيناها وليس فى هذا ما يخالف الشريعة على الجملة.

وإذا انفرد أحد الشركاء بتعلية الحائط المشترك على الوضع الذى بيناه أصبح الجزء المعلى ملكا خالصا له. ولكن للشريك الآخر إذا ما تجددت له حاجة فى الإفادة من هذا الجزء المعلى حق الاشتراك فيه، إذا هو قام بدفع نصف ما أنفق عليه ونصف قيمة الأرض التى زيدت فى عرصته، تبعا لزيادة سمكه إن كانت هناك زيادة، وهذا ما نص عليه فى المادة (٨١٦) من القانون المدنى المصرى والمادة (٨٢٥) ليبى، والمادة (١٠٩٠) عراقى، وهو كما نص عليه أيضا فى القانون المدنى السورى (م ٩٧٥) وفى الجزء الأخير من المادة (٧١) لبنانى. وحق الاشتراك فى الجزء المعلى لا يسقط بالتقادم، فتجوز المطالبة به فى أى وقت.

التزامات الشركاء فى الحائط المشترك :

تنص المادة (٧١٤ ب - ٢) مدنى مصرى على أنه إذا لم يعد الحائط المشترك صالحا للغرض الذى خصص له عادة فنفقة إصلاحه أو تجديده على الشركاء كل بنسبة حصته فيه، وهذا النص مطابق لماجاء فى المادة (٨٢٣) فقرة ٢ مدنى ليبى والمادة (١٠٨٧) فقرة ٢، مدنى عراقى، وهو ما تقضى به القواعد العامة الشرعية.

وبناء على ذلك يكون لأى منهم فى هذه الحال أن يجبر الآخرين على المشاركة فى هذه النفقات بهذه النسبة ما دامت ضرورية لاستعمال الحائط المشترك، وفقاً للغرض الذى خصص له.

ولكن إذا كانت مصلحة تجديده تخص أحد الشركاء وحده كان وحده هو الملزم بهذه النفقات، ويستطيع الشريك أن يتخلص من هذه الالتزامات إذا تخلى عن حق ملكه فى الحائط طبقا للقواعد العامة التى تجيز التخلى عن الحق العينى، وعند ذلك لا يجوز له بعد هذا التخلى أن ينتفع بالحائط. ويلاحظ أنه يمتنع على الشريك أن يتخلى عن هذا الحق، إذا كانت حاجة الحائط التى دعت إلى الإصلاح أو التجديد ترجع إلى خطأ من جانبه، إذ يتعين عليه حينئذ أن يتحمل وحده نفقات هذا الإصلاح والتجديد.

الملكية الشائعة فى العقار والمنقول :

أما الملكية الشائعة فى المنقول، فيثبت بها لجميع الشركاء فيه حق الانتفاع بحسب حصة كل منهم فيه.

والمنقول إما مثلى وإما قيمى، فإن كان مثلياً فانتفاع الشركاء فيه يكون بعد قسمته بينهم إن تيسرت بسبب تعدد وحداته أو عدم تلاصق أجزائه كالمعدود المتماثل والمكيل والموزون. وإن لم تكن كان انتفاعهم به بطريق المهايأة الزمانية. ولكل شريك أن يتصرف فى حصته بما يشاء من بيع وإجارة وهبة ورهن مع مراعاة شروط كل تصرف من حيث توقفه على القسمة والتسليم أو عدم توقفه. وليس للمنقول المشترك من ناحية الانتفاع به أو التصرف فيه أحكام يختص بها تستوجب الشرح والتفصيل، ولذا لا يرى للفقهاء فيها بحوث مستقلة.

أما العقار المشترك، فإن بيان أحكامه يكون بالنظر فى الموضوعات الآتية : طريقة الانتفاع به، إدارته والمحافظة عليه وصيانته ونفقاته، التصرف فيه، ما يترتب على الشركة فيه من حق التملك.

انتفاع الشركاء به :

الشريك فى العين بالنظر إلى حصته الشائعة فيها مالك له حقوق الملك فيما يملك منها، وله منافعه وثمراته، وبالنظر إلى حصة غيره من الشركاء فيها أجنبى ليس له حق الانتفاع بها ولا حق التصرف فيها إلا فى حدود ما يعطى من ولاية فى ذلك يكتسبها من صاحب الحصة بإذن يصدر منه صراحة أو عرفا، ومن ثم تتحدد حقوق كل شريك فيها بقدر حصته منها، وإن كانت لا تتركز ولا تنحصر فى جزء معين محدد منها بسبب شيوع حصته فيها، وانتشارها فى جميع أجزائها مهما ضؤلت، وإنما تتعلق بالعين جميعها على هذا الوضع.

وإذا كان للمالك بمقتضى ماله من حق الملك أن يستعمل ما يملك وأن يستغله وأن يتصرف فيه، فإن سلطة الشريك صاحب الحصة الشائعة فى العين المشتركة تكون مقيدة بحقوق الشركاء الآخرين بحيث لا ينالهم من مباشرته لحقوقه فيها ضرر غير معتاد، فى سبيل مباشرتهم لحقوقهم فى حصصهم كذلك. وذلك

أصل عام اتفقت عليه كلمة الفقهاء الشرعيين جميعاً وبه أخذت القوانين الوضعية في البلاد العربية، وهو ما أشير إليه في الفقرة الأولى من المادة (٨٢٦) مدني مصري، والمادة (٧٨٠) مدني سوري، والمادة (٨٢٥) مدني ليبي، إذ جاء فيها جميعها : أن كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولي على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق ضررا بحقوق الشركاء الآخرين.

وفي هذا المعنى أيضا ما جاء في المادة (٦) مدني عراقي وبه أخذت المادة (٨٢٦) من قانون الموجبات اللبناني، إذ نص فيها على أن كل شريك يمكنه أن يستعمل الشيء المشترك على نسبة ماله من الحق بشرط ألا يستعمله على وجه يحول دون استعمال الشركاء الآخرين لحقوقهم.

وعلى هذا فالأعمال التي يستطيع الشريك في الملك الشائع أن يباشرها منفردا هي التي تكون في نطاق ما أعدت له العين المشتركة، ويستطيع الشركاء جميعا في الوقت نفسه أن يباشروها كل على النفراد، وذلك مثل أن يكون الشيء المشترك طريقاً فيكون لكل منهم أن يمر فيه متى أراد وكلما شاء، أو يكون مسيلا فيكون لكل شريك فيه أن يصرف فيه ما يفضل من الماء المستعمل في ملكه في أي وقت، وهكذا بحيث لا يترتب على استعماله ذلك الاستعمال ضرر بغيره، كأن يحول بينه وبين استعماله لهذا الحق أو ينقصه.

أما منافع الاستعمال أو الاستغلال التي لاتقبل المشاركة على هذا الوضع من الاستقلال والانفراد لأن مباشرتها تستلزم الاستئثار بالعين المشتركة جميعها أو بجزء معين منها، فلا يجوز لأي شريك فيها أن يقوم بها منفردا مستقلا وإن لم يتجاوز في انتفاعه على هذا الوضع جزءا معينا معادلا في المقدار لحصته الشائعة في العين. وذلك مثل أن يبني الشريك في الأرض المشتركة كلها أو في جزء منها يساوي في المساحة حصته فيها، أو أن يزرعها أو أن يؤجرها إلا في حدود المبدأ الذي أشرنا إليه فيما سبق وهو أن يكون ذلك عن ولاية شرعية وإلا كان ذلك منه تجاوزا لحقه واعتداء على حقوق غيره من الشركاء، ومن ثم كان لهم إذا ما أقدم على ذلك حق منعه ومخاصمته وطلب إزالة ما أحدث من بناء أو غراس، ورفع

يده عما استولى عليه مع مراعاة ألا يكون فى ذلك تعسف فى استعمالهم لهذا الحق على ما بينا من قبل فى كلامنا وشرحنا لهذا النظرية.

وقد ذهب الحنفية استثناء من هذا المبدأ إلى جواز انتفاع الشريك ذى «الحصة الشائعة» بالعين المشتركة جميعها إذا كانت دارا أو بيتا لا تضرهما سكناه فيهما أو أرضا لا تنقصها زراعته إياها أو خادما وذلك بشروط ثلاثة :

١ ـ أن يكون الشريك الآخر غائبا.

٢ ـ ألا يكون فى انتفاعه ضرر للعين كلها.

٣ ـ ألا يكون الشريك الآخر يتيما.

وذلك بخلاف نحو الدابة من كل ما يختلف استعماله باختلاف المنتفع، ومثل غيبة الشريك موته إذا لم يكن وارثه حاضراً.

وفى القنية : لا يلزم الشريك الحاضر فى الملك المشترك إذا انتفع به كله أجر نظير ما انتفع من ملك صاحبه وليس للغائب أن يستعمله إذا حضر بقدر ما استعمله الحاضر زمنا أو مكانا لأن ذلك لا يكون إلا بطريق المهايأة ولا تكون المهايأة إلا عن رضا أو بعد خصومة.

وفى جامع الفصولين أن هذا استحسان مبناه أن للشريك فى الدار أن يدخلها بلا إذن شريكه حال حضوره، إذ يتعذر عليه الاستئذان كلما أراد دخولها لأنه كثير متوال، وعلى هذا أمر الدور فيما بين الناس، والدخول ضرب من الانتفاع بالدار فإذا جاز تيسيراً ومصلحة . . جازت سكناها كذلك.

والأصل فى ذلك أن الدور المشتركة فى حق السكنى تجعل كملك لكل من الشريكين على الكمال، إذ لو لم تجعل كذلك لمنع كل منهما من دخول وقعود ووضع أمتعة إلا بإذن من صاحبه، فتتعطل منافع أملاكها، وهذا لا يجوز، ومن ثم اعتبر الحاضر ساكنا فى ملك نفسه، فلم يلزمه أجر.

وفى الخانية الدار كالأرض فى انتفاع الحاضر بها كلها وأن للغائب أن يسكن بعد حضوره مثل ما سكن شريكه، وهذا رأى آخر استحسنه المشايخ وهو مروى عن محمد وعليه الفتوى.

وفى الخانيــة أيضا أن للحاضر أن يســكن كل الدار بقدر حصتــه زمانا، وفى رواية يسكن منها بقدر حصــته مكانا فقط، وهذا يتفق مع سابقه وأساســهما واحد وهو استحقاق الشريك الغائب أن يعوض بقــدر ما فاته عن الانتفاع ومبنى هذا فيما يظهر اعتبار انتفاع الشريك الحاضر من قبيل المهايأة التى تتم عن تراضٍ إذ لا يتصور عرفا أن يرفض الغائب أن يعوض فكان ذلك دليل الرضا بما تم.

ولو خــاف تخربهــا لعــدم سكناها، سكنهــا كلها لأن ذلــك يكون من قبـيل الحفظ، وفى هذه الحال لا يسأل أجرا لأن حفظ المال المشترك من ولاية كل شريك عرفاً.

وكذلك الحكم فى الخادم يستخدمه أحــد الشريكين أياما بقدر حصته، ورأى ابن عــابدين بناء على هذا النص أن إطلاق شــارح الدر فيــما تقــدم بالنسبــة للدار والبيت والأرض جــاء فى محل التــقييــد، وذلك ما يدل على أنه ليــس فى المسألة روايتان فى رأيه (الدر، وابن عابديــن، جـ ٣، ص ٢٦٨، وتقرير الرافعى جـ ٢، ص ٦٩).

بناء على ما تقــدم اتفقت التشــريعات الإسلاميــة والوضعية على أن جــميع نفقات العــين المشتركة سواء أكــانت عقارا، أم منقولا، حيــوانا أم جمادا ، تكون على الشركــاء جميعــا كل بقدر حصتــه فى العين المشتــركة، فإذا قام أحــدهم بهذه النفقات بدون إذن من الآخــرين أو أمر من القاضى عد متبــرعا بما أنفق، فلا يحق له أن يرجع عليهم بشىء منه إذا رضوا. ذلك هو المبدأ العام، إلا أن فــقهاء الشيعة كانت لهم آراء مختلفة قضت باستثناء مسائل من هذا الأصل، أجازوا فيها للشريك إذا ما قام بالإنفــاق على العين المشتركــة وحده، دون إذن من بقية الشــركاء أو أمر من القاضى، أن يرجع على الشــركاء الآخرين بما يخصهم مــن هذه النفقة، وذلك لما ارتأوا فيها من أسباب تسوغ ذلك الرجوع.

وقــد اختلفت آراؤهم فى ذلك باخــتلاف أنظــارهم وتقديرهم، فــمنهم من جعل مناط الرجوع عــلى بقية الشركاء فى هذه الحــال اضطرار المنفق إلى الإنفاق، لأن اضطراره يدل على عدم تبرعــه دون نظر إلى حال غيره من الشركــاء من ناحية أنهم يجبرون شرعاً على هذا الإنفــاق أو لايجبرون، ومنهم من نظر إلى هذه الحال

نظرًا آخر، فذهب إلى إعطاء المنفق حق الرجوع على أصحابه إذا كانوا يجبرون شرعا عليه، إذ كان يمكنه أن يرفع الأمر إلى القاضى فى هذه الحال لإجبارهم على مشاركته فى الإنفاق أو لحصوله على إذن منه به إذ امتنعوا ولم ينفذوا حكمه، وكان تفويته ذلك على نفسه بعدم الالتجاء إلى القضاء دليل تبرعه لعدم اضطراره حينئذ إلى أن يستقل بالإنفاق، فلم يكن له بسبب ذلك حق الرجوع بخلاف الحال الأولى، إذ كان قيامه بالإنفاق وحده بناء على امتناع شركائه وعدم وجود وسيلة لإجبارهم مع وجوب الإنفاق عليهم لاشتراكهم فى الملك، دليلا على عدم تبرعه لاضطراره إلى ما أقدم عليه، ولم ير ذلك بعض الفقهاء، وهكذا اضطربت الأحكام وتعددت المسائل المتشابهة المنقولة عنهم التى اختلفت فيها الأحكام على الرغم من تشابهها، وذاك بعض هذه المسائل :

١ ـ فى الأشباه والنظائر عن الولولجية : حمام مشترك بين اثنين احتاج إلى عمارة وطلبها أحدهما من صاحبه، فامتنع فقام الطالب بها دون إذن من الآخر أو أمر من القاضى رجع على شريكه بحصته.

والملاحظ فى هذا الفرع أن العين المشتركة لا تقبل القسمة وإذن فمثلها فى هذا عين لا تقبل القسمة كالدار الصغيرة، والطاحونة، والدابة وغيره ذلك. وهذا ما يدل على أن مناط الرجوع فى مثل ذلك هو تضرر الشريك الطالب من عدم استجابة صاحبه إلى ما طلب وضياع حقوقه بترك العمارة واضطراره إليها محافظة على حقوقه، وفى مثل هذا يجبر الشريك عليها شرعا عند امتناعه. وإذن فعلة الرجوع فى هذه المسألة ومثيلاتها الاضطرار وجواز إجبار الشريك ولم يجعل فيها عدم رفع الأمر إلى القاضى للحصول على إذن منه دليلا على التبرع.

٢ ـ وفى الأشباه أيضا ـ تفريعاً على قاعدة لا ضرر ولا ضرار : لا يجبر الشريك على الاشتراك فى عمارة العين المشتركة عند الحاجة إليها، وإنما يقال لمريدها أنفق واحبس العين إلى استيفاء قيمة البناء الذى تنشئه أو مقدار ما أنفقت فى إنشائه، ولا تمكن شريكك من الانتفاع به حتى تستوفى حقك. وإنما يحبسها إلى استيفائه حقه من شريكه وهو ما يخص شريكه فيما أنفق، إذا أنفق بإذن شريكه أو بأمر القاضى، أما إذا أنفق بلا إذن من شريكه وبلا أمر قاض فليس له إلا قيمة مايخص شريكه مما أنشأ لا بمقدارحصته فيما أنفق.

ويرى فى هذا الفرع أنه مطلق فى المشترك فلم يفرق فيه بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها وأنه جعل للشـريك المطالب إذا أنفق بلا إذن من صاحبه ولا أمر من القاضى، حق الرجوع على صاحبه بحصته من القيمة لا من النفقة.

ولـم يتعرض فيـه لما يصيب صاحبه من ضرر ولا لإجـباره من عدمه، ولكن يظهر من تفريعـه على قاعدة لا ضرر ولا ضرار أنه يشتـرط أن يترتب الضرر على عدم العمارة. وإذن يكون المناط فى اعتبار المنفق غير متبرع ترتب الضرر على عدم العمارة، ولكنه يجب لترتب الضرر ألا يكون العقار المشـترك قابلا للقسمة، أما إذا كان قابلا لها فإن الطالب يستطيع عند الامتناع أن يقسم وأن يقوم بعمارة حصته من العين المشتركة، ونتيـجة ذلك أن المناط هنا هو تحقق الضرر بينما يرى أن المناط فى المسألة السابقة الضرر وجواز الإجبار على القسمة جميعاً.

٣ ـ طاحونة مشتركة بين اثنين قال أحدهما لصاحبه اشترك معى فى عمارتها فقال له صاحـبه إن العمارة التى عليها الطاحونة تكفـينى ولا أرضى بعمارتك التى تريدها، فانفرد الـطالب بعمارتها، عد مـتبرعا ولاحق له فى الرجـوع «الدر المختار نقلا عن جواهر الفتاوى» .

ويلاحظ أن هذا الفرع مخالف للنوع الأول لأن الطاحونة مما لا يقبل القسمة ويجبر فيه الشريك ويتضرر طالب العمارة من تركها، ورضا صاحبه بالحالة التى هى عليهـا لا يبرر ترك عمـارتها إلى ما كـانت عليه، ولا يرفع الضـرر، ومع ذلك عد متبرعاً عند انفراده بالإنفاق خلافا لما أسس عليه الحكم فى الفرع الأول[1].

٤ ـ وفى الدر المختار أيضـا فى نفس الموضع : طاحونة مشتـركة بين اثنين طلب أحدهما من صاحـبه الاشتراك فى عمارتها فأبى، فانفـرد الطالب بعمارتها لم يكن متبرعا.

والحكم فى هذا الفـرع يختلف عن الحكم فى سـابقه ويتـفق مع الحكم فى المسألة الأولى، وقد نص فيه على أن أحد الشـريكين إذا انفرد بالإنفاق على العبد أو أدى خراج الكرم المشترك كـان متبرعاً، لأن الآخر يجـبر على الإنفاق، وكذلك

---

(١) الدر المختار، جـ ٣، ص ٣٨٧ وما بعدها.

الحكم فى الانفراد بالإنفاق على الدابة المشتركة فيعد المنفق متبرعا إذا انفرد بالإنفاق.

وهذا ما يدل على اشتراط الإذن من القاضى أو من الشريك فى جميع الأحوال، حتى لا يعد المنفق متبرعا، لأن الضرر هنا فى هذه المسائل متحقق إذ فى عدم الإنفاق على الحيوان تلفه، وفى عدم المشاركة فى الخراج الإجبار، وفى الكرم المشترك تلفه، إذا ترك الإنفاق عليه، وهذا مع ملاحظة عدم إمكان القسمة فى العبد والدابة، وهذا ما يستوجب الإجبار، وعليه يكون الحكم فى هذا الفرع مخالفا لما ذكر فى الطاحونة.

٥ ـ وجاء فى ابن عابدين : الدار إذا أمكنت قسمتها، وامتنع الشريك عن الاشتراك فى عمارتها، فإنه لا يجبر إذ لا يجبر إنسان على عمارة ملكه، ولو أنفق الآخر عليها بلا إذن صاحبه، كان متبرعاً لأنه غير مضطر إذ يمكنه قسمتها، وتعمير حصته منها كما فى الخانية.

وهكذا تجد فى الفتاوى وفى كتب فقه الحنفية مسائل متشابهة اختلفت فيها الأحكام مما دعا ابن عابدين إلى أن يقول أن مسائل هذا الباب وقع فيها تحير واضطراب فى كلام الأصحاب. ثم انتهى من النظر فى هذه الفروع والمسائل. وفيما عليه الفتوى والاعتماد من هذه الأقوال إلى وضع الضابط الآتى أخيرا.

وقد جاء فى الدر المختار أن كل من أجبر شرعا أن يعمل مع شريكه فعلا إذا فعله أحدهما بلا إذن فهو متطوع، وإلا لم يكن متطوعا ولا يجبر الشريك على العمارة إلا فى ثلاث :

١ ـ أن يكون الشريك ضعيف الأهلية أو فاقدها وعليه وصى.

٢ ـ أن يكون المشترك وقفا عليه ناظر.

٣ ـ أن يكون الشىء المشترك متعذر قسمته، ككرى نهر ومرمة قناة ومرمة بئر وعمارة دولاب أو سفينة معينة أو حائط لا يقبل القسمة أساسه، فإن كان أساسه يقبل القسمة، وبنى كل شريك فى نصيبه حائطا خاصا به فلا إجبار ومثل ذلك كل ما لا يقسم كحمام وطاحون.

وقد علق ابن عابدين على هذا بأنه لا بد من تقييد عدم اعتبار المنفق متبرعا بأن يكون مضطراً إلى إنفاق شريكه معه ثم انتهى أخيرا إلى الضابط الذى وعدنا بذكره وهذا بيانه :

الشريك إذا لم يكن مضطرا إلى العمارة ولا يجبر شريكه على الاشتراك معه فيها بأن أمكنت قسمة العين المشتركة فأنفق بلا إذن فهو متبرع وإن اضطر إلى ذلك وكان الحكم أن شريكه يجبر على العمل معه، فلا بد فى رجوعه عليه من إذنه أو من أمر القاضى وعندئذ يرجع على شريكه بما أنفق ، لأنه قام بالعمل باعتباره وكيلا عن صاحبه لصدور إذن صاحبه له أو أمر القاضى إياه، وإلا اعتبر متبرعا ولايحق له الرجوع بشىء، وإن اضطر وكان الحكم أن شريكه لايجبر على الاشتراك معه فى العمارة، وأنفق بإذن منه أو بأمر من القاضى فإنه يرجع بكل ما أنفق وإن أنفق بلا إذن وبلا أمر رجع بقيمة ما أقام من عمارة لا بما أنفق عليها (من الدر المختار، وحاشية ابن عابدين عليه، جـ ٣، ص ٣٨٧ وما بعدها، والأشباه والنظائر، وجامع الفصولين، جـ ٢، ص ٥٩ وما بعدها).

ولهذا الاضطراب فى مذهب الحنفية رأيت من المستحسن أن أعرض لما ذهب إليه الأئمة الآخرون.

ذهب المالكية إلى أن المشترك إذا كان مما يقبل القسمة لم يجبر الشريك الممتنع عن العمارة على مشاركة الطالب له فيها لاندفاع الضرر بالقسمة، وإن كان مما لا يقبل القسمة كحمام وفرن وحانوت وبرج وغيرها، وأبى الشريك أن يشارك فى العمارة أمره القاضى بالمشاركة فيها ، فإن أبى قضى ببيع حصته كلها لمن يقوم بالعمارة. وذهب الشيخ النفراوى إلى أن المعتمد أن يقضى ببيع الكل ولو كان ثمن البعض يكفى للعمارة، دفعا للضرر بتكثير الشركاء، ولطالب العمارة أن يأخذ المشترك بما قام عليه من الثمن، ويستثنى من ذلك البئر والعين، فلا يجبر فيهما على البيع، ولكن يقال لطالب العمارة عمِّر إن شئت، ولك ماحصل من الماء بسبب عمارتك، إلى أن تستوفى بقدر ما أنفقت، ما لم يدفع لك صاحبك ما يخصه من النفقة (من الشرح الكبير، وحاشية الدسوقى عليه، جـ ٣، ص ٣٦٥).

وذهب الشافعية إلى أن أحد الشريكين ليس له إجبار صاحبه على العمارة إذ الممتنع يضر بإجباره على العمارة، والضرر لا يزال بالضرر، ويجرى ذلك فى نهر وقناة وبئر مما لا يقبل القسمة، وقيدوا ذلك بألا يكون الشريك الآخر محجورا عليه أو وقفا، ففى هذه الحال يجبر الولى أو الناظر مراعاة لمصلحة المحجور عليه وإبقاء لعين الوقف.

وإذا كانت العين المشتركة قد انهدمت وأراد أحد الشريكين بناءها لنفسه، لم يمنع وكان البناء له وينفرد بالانتفاع به لأنه ملكه، وإذا أراد إعادتها بنقضها المشترك فللآخر منعه كسائر الأعيان المشتركة (هـ من نهاية المحتاج، جـ ٤، ص ٤٠٠).

وبناء على هذا لم يفرقوا بين ما يقبل القسمة وما لا يقبلها.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا كان بين شريكين حائط مشترك فانهدم فطلب أحدهما إعادته وأبى الآخر، ففى إجباره على المشاركة فى العمارة روايتان، إحداهما يجبر، نقلها حرب، وهى أصح الروايتين.

قال ابن عقيل : وعلى ذلك أصحابنا، وبه قال مالك فى إحدى روايتين عنه، وقال به القاضى فى القديم، واختاره بعض أصحابه وصححه؛ لأن فى ترك العمارة ضررا فيجبر عليها، كما يجبر على القسمة إذا طلبها أحد الشريكين، وعلى نقضه إذا خيف سقوط البناء عليهما، وذلك لقول النبى (ﷺ) لا ضرر ولا ضرار.

والرواية الثانية لايجبر، وهى أقوى دليلا وهو مذهب أبى حنيفة، إذ لا يجبر المالك على عمارة ملكه، إذ إنه ملك لاحرمة له فى نفسه، فلا يجبر صاحبه على الإنفاق عليه، كما لو كان له خاصة. وفارق القسمة فإنها دفع للضرر فيها بما لا ضرر فيه. وإعادة البناء أو العمارة فيها مضرة بإلزام أحدهما بإنفاق ماله، ولا يزال الضرر بما فيه ضرر. وإنما يزال بما ليس فيه ضرر. ويفارق هدم البناء إذا خيف سقوطه، لأنه يخاف من سقوطه تلف غيره، فيجبر على ما يزيل هذا التلف. ولا نسلم أن فى تركه عمارة المنهدم ضرراً فإن الضرر إنما حصل بانهدامه لا بترك إعادته. وترك البناء ليس إلا تركا لما يحصل به النفع، وقد يكون الممتنع لا يرى أن انتفاعه بالإنفاق عليه يعادل ما سينفقه فى هذه السبيل وقد يكون معسراً، ولكن إذا أراد الطالب للعمارة البناء، فليس للمتنع منعه وله بناؤه بأنقاضه، إن شاء، وبناؤه

بآلة من عنده، فإن بناه بأنقاضه فالحائط بينهما على الشركة، كما كان لأن المنفق إنما أنفق على التالف، وذلك أثر لا عين يملكها، وإن بناه من عنده فالحائط له خاصة، وله منع شريكه من الانتفاع به ولا يملك إجباره على نقضه، لأنه لايملك منعه من بنائه وإذا أعاده بإذنه رجع عليه بحصته.

وعلى الرواية الأولى ، إذا أجبر الحاكم الممتنع فلم يمتثل أخذ الحاكم من ماله وأنفق. فإن لم يكن له مال أنفق عليه طالب العمارة بأمر الحاكم أو بإذن الشريك. وفى هذه الحال يرجع بحصته مما أنفق متى قدر صاحبه على الوفاء وإن أنفق متبرعاً فليس له الرجوع وإذا بناه لنفسه بنقضه فهو بينهما على ما كان، وإذا بناه من عنده فهو له خاصة، إلا أن يدفع شريكه إليه حصته من النفقة. (من المغنى ، جـ ٥، ص ٤٥ وما بعدها).

تصرفات الشريك بحصة شائعة :

الكلام على تصرف الشريك يقتضى أن نعرض لأهم مسائله وهى : الإجارة والإعارة والرهن والبيع والهبة والصدقة والوقف. وذلك ما سنوافيك به من أحكام الشريعة الإسلامية.

أما التشريع الوضعى فإنه يرى أن الشريك فى حال الشيوع مالك لحصته فى العين المشتركة يتصرف فيها تصرف المالك فى ملكه، وذلك ما جاء فى الفقرة الأولى من المادة (٤٢٦) مدنى مصرى، إذ نص فيها على أن كل شريك فى الشيوع يملك حصته ملكا تاما وله أن يتصرف فيها وأن يستولى على ثمارها وأن يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق الشركاء الآخرين.

وليس يختلف التشريع الوضعى فى هذا عن التشريع الإسلامى من حيث المبدأ ولكن الخلاف بينهما قد يلاحظ فى التطبيق، وذلك نظرا إلى ما يشترط فى بعض التصرفات من شروط تشترطها الشريعة الإسلامية ولا تتوافر مع حال الشيوع بينما لا تشترط فى التشريع الوضعى. وهاك بيان حكم تصرف الشريك شرعا :

إجارة الشريك حصته الشائعة :

يرى أبو حنيفة رحمه الله تعالى أن إجارة الحصة الشائعة من غير الشريك لا تجوز، وإن كانت معلومة المقدار كنصف وثلث، وفى تأجيرها للشريك روايتان عنه، رواية بالجواز وأخرى بعدم الجواز، ومرجع الرواية بعدم الجواز عدم القدرة على تسليم العين المؤجرة قبل القسمة.

وذهب الصاحبان إلى جواز تأجيرها مطلقا للشريك ولغيره وهو مذهب الشافعية لأن الإجارة ضرب من المعاوضة كالبيع، وإذ جاز بيع المشاع جاز تأجيره، والانتفاع بالمشاع مقدور بالمهايأة، وإذ لم يمنع الشيوع من التأجير للشريك، لم يمنع من التأجير لغيره، وإذا كان الشيوع الطارئ لا يفسد الإجارة اتفاقا، فكذلك لا يفسدها الشيوع المقارن لأن المقدرة على الانتفاع فى الحالين واحدة.

ووجه قول أبى حنيفة أن المعقود عليه مجهول لجهالة محله، إذ الشائع اسم لجزء من الكل غير محدد ولا معين كالثلث، وهو غير معين فأشبه إجارة عبد من عبدين. ثم إن منفعة الشائع غير مقدورة التسليم والاستيفاء إذ لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة ، وإنما يتم تسليم باقى العين معه، وذلك غير مقدور ولا معقود عليه. والانتفاع بطريق المهايأة ليس هو الانتفاع الذى يقتضيه العقد وهو الانتفاع بالحصة الشائعة فى كل المدة، إذ إن التهايؤ انتفاع بالمشترك كله بعض المدة، وهذا غير مقتضى العقد إن كانت المهايأة زمانية، وإذا كانت مكانية فإن الانتفاع فيها يكون ببعض المستأجر وبغيره.

وفى أثر الشيوع الطارئ روايتان عن أبى حنيفة أشهرها عدم الفساد به، ويجوز عند أبى حنيفة إجارة شريكين لرجل واحد داراً يملكانها لأن المنافع تدخل فى يده جملة واحدة من غير شيوع.

وأجاز المالكية إجارة الحصة الشائعة فى كل ما لا تختلف أجزاؤه فى الانتفاع به كمالا ونقصا ، جودة ورداءة، دون ما يختلف الانتفاع به فى جانب عن جانب، ولذا تجوز عندهم عند تعيين الجهة.

ويرى الحنابلة عدم صحة إجارة الحصة الشائعة لغير أحد الشريكين، وفى رواية أخرى عن مالك جواز إجارتها مطلقا.

تأجير العين المشتركة :

وإقدام أحد الشريكين على إجارة العين المشتركة جميعها لثالث، تصرف فيما لايملك بالنظر إلى حصة شريكه، ولذا يكون موقوفا على إجازته، فإن أجازه نفذ فى حصته وإن رفض بطل واقتصر العقد على حصة المؤجر وكان للمستأجر حينئذ حق الفسخ لتفرق الصفقة، وهذا عند من يرى جواز تأجير الحصة الشائعة من مالكها لأجنبى، أما عند من لا يرى ذلك، فإن العقد فيها لا يجوز أيضا.

وفى التشريع الوضعى يجوز لأحد الشركاء أن يؤجر حصته فى العين المشتركة لشريكه فيها، ولأجنبى، دون توقف على إذن من صاحبه، وإذا انفرد بتأجير العين المشتركة جميعها لم ينفذ تصرفه بالنسبة لصاحبه، وكان له حق طرده من العين إذا شغلها. وليس للمؤجر الشريك أو المستأجر فى هذه الحالة طلب الفسخ، لأن عقد الإجارة فى حقهما لازم، إلا إذا كان المستأجر قد أقدم على التعاقد معتقدا أن العين كلها للمؤجر، وقد أجره إياها فله عند ذلك حق طلب الفسخ لوقوعه فى غلط جوهرى يجوز له طلب الإبطال، ولهذا إذا كان التأجير فى جزء معين من العين المشتركة، ثم كانت القسمة فوقع الجزء المستأجر فى نصيب المؤجر نتيجة لهذه القسمة، استقر الأمر للمستأجر، ولم يكن لأحد أن ينازعه. (م ٨٢٦) مدنى مصرى.

إعارة الحصة الشائعة :

يرى الحنفية جواز الحصة الشائعة مطلقا للشريك ولغيره، لأن عقد العارية عقد غير لازم وليس فيه معنى المعاوضة، والانتفاع بها ممكن بالمهايأة إن كانت لأجنبى وبدون مهايأة إن كانت للشريك. كما يجوز عندهم إيداعها لإمكان المحافظة عليها من الوديع أجنبيا كان أم شريكا (جامع الفصولين، جـ ٢، ص ٦٣) وإلى هذا ذهب التشريع الوضعى (م ٤٣٦) مدنى.

رهن الحصة الشائعة :

ويرى الحنفية عدم جواز رهن الحصة الشائعة مطلقا من الشريك ومن غيره، فيما يقبل القسمة وفيما لايقبلها لعدم القدرة على التسليم والقبض،إذ إن قبض الرهن شرط لتمامه وقبض المشاع غير تام، ولافرق بين شيوع مقارن وشيوع

طارئ. وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أن طروء الشيوع لا يفسد الرهن (جامع الفصولين، جـ ٢، ص ٦٤).

أما التشريع الوضعى فيجيز رهن الحصة الشائعة مطلقاً لأنه لايشترط فى الرهن قبضا إذا ما كان رهنا رسميا.

بيع الحصة الشائعة :

يجوز بيع الحصة الشائعة من الشريك ومن الأجنبى مطلقاً قبلت العين المشتركة القسمة أم لا، إلا فى مشتركة بسبب الخلط فى الحبوب ونحوها فإنه يجوز من الشريك ولا يجوز من أجنبى. ذلك لأن الشركة إذا كانت بينهما ابتداء بشراء أو بوراثة كانت كل حبة مشتركة بينهما، فكان التسليم ممكناً بتسليم حصة من الحبوب المشتركة على الشيوع من غير أن يكون فى ذلك خلط بين ملكين كانا متمايزين. أما فى حال الخلط فإن كل حبة تكون مملوكة بجميع أجزائها لأحدهما ليس للآخر فيها اشتراك فلا يمكن التسليم إلا بتسليم ما هو غير مملوك للبائع وذلك بتسليم حب مملوك جميعه لأحدهما مخلوطا بحب مملوك جميعه للآخر فيتوقف على إذنه، بخلاف بيعه من الشريك للقدرة حينئذ على تسليمه لما يملك دون اعتداء على نصيب غيره بتسليمه معه بدون إذن منه.

ويشترط فى جواز بيع الحصة الشائعة عدم الضرر بالغير ، وبناء على ذلك لم يجز للشريك أن يبيع حصته من الزرع بدون الأرض قبل أوان قطعه إذ يؤدى ذلك إلى ضرر الشريك الآخر بتعرض زرعه للقطع فى سبيل التسليم إلى المشترى قبل أوان قطعه. ولذا يجوز هذا البيع إذا كان بعد أوان القطع لعدم التضرر بالقطع حينئذ، ففى جامع الفصولين : زرع مشترك باع أحد الشريكين حصته فيه بلا إذن شريكه، إن كان ذلك بعد أوان القطع جاز، وإلا لم يجز لتضرره بالقسمة. وفيه دار بين اثنين باع أحدهما حصته فى البناء فقط من آخر لم يجز لتضرر الشريك الآخر بالهدم.

ومنعوا أن يبيع أحد الشريكين جزءا معينا من مشترك سواء أكان ذلك فى أرض أو فى بيت من دار بخلاف بيعه جزءا شائعا من المشترك [1].

---

(١) جامع الفصولين، جـ ٢، ص ٦٠ والدر المختار وابن عابدين، جـ ٢، ص ٣٦٥.

أما إقدام الشريك على بيع العين المشتركة جميعها أو على بيع جزء معين منها ولو كان معادلا لما يملك فيها فإنه يعد تصرفا فيما يملك وفيما لايملك، بل هو بالنظر إلى أن المبيع معين محدد يعد تصرفا فيما لايملك لأنه لايملك معينا ولا محددا فيكون بيعه موقوفا على إجازة شريكه، فإن أجاز نفذ وإلا لم يجز، وبناء على ذلك يبطل فى حصته ويكون للمشترى حق طلب الفسخ فى حصة الشريك الآخر البائع لوقوع هذا التصرف معيبا بسبب ما طرأ عليه من الشيوع ولتفرق الصفقة.

أما فى التشريع الوضعى فيقول الدكتور الصدة فى كتابه : الملكية ، جـ ٢، إذاتصرف الشريك فى العين المشتركة جميعها فإن تصرفه يكون قد صدر من غير مالك فيما زاد على حصته، فإذا كان هذا التصرف بيعا وقع قابلا للإبطال فيما بين طرفيه بالنسبة إلى ما زاد على حصته، طبقا لحكم المادة (٤٤٦) مدنى، فيحق للمشترى أن يطلب الإبطال دون حاجة إلى انتظار نتيجة القسمة - ولا ينفذ هذا التصرف فى حق الشركاء الآخرين فيما يتعلق بحصصهم سواء على أساس المادة (٤٤٦) مدنى أو على أساس المبدأ العام القاضى بأن ليس للشريك أن يأتى عملا فيه مساس بحقوق الشركاء الآخرين ولا يتوقف ذلك على نتيجة القسمة.

أما إذا كان التصرف فى جزء مفرد من العين فإن الفقرة الثانية من المادة (٨٢٦) مدنى مصرى تحكمه، وتنص على أنه إذا لم يقع هذا الجزء فى نصيب المتصرف عند قسمة العين انتقل حق التصرف إلى الجزء الذى آل إلى المتصرف بطريق القسمة، وللمتصرف إليه إذا كان يجهل أن المتصرف لا يملك العين التى وقع التصرف فيها مفرزة الحق فى إبطال التصرف. وهذا حكم كما ترى لا يتفق مع ما ذهبت إليه الشريعة الإسلامية لأن انتقال حق المتصرف إليه إلى محل لم يرد عليه العقد أمر لا تقره الشريعة، ولا يكون ذلك إلا بعقد جديد. وقد علمت أن التصرف من الشريك على هذا النحو يمس حقوق الشركاء الآخرين، وذلك ما لا يسوغ فى الشرعين؛ ولهذا لا يلزمهم، ولكنه ينفذ فى التشريعين بإجازتهم كما ينفذ بحكم القانون، إذا أجريت القسمة فوقع الجزء المتصرف فيه فى نصيب المتصرف.

الهبة والصدقـــة :

الهبة لا تتم إلا بالقبض الكامل ومن ثم كانت هبة الحصة المشاعة فى عين تقبل القسمة غير جائزة حتى تقسم ثم تقبض إذا كانت لغير شريكه، أما إذا كانت من الشريك لصاحبه فهى جائزة لتمام القبض وارتفاع الشيوع حينئذ ، وأما إذا كانت العين لا تقبل القسمة فإن هبة أحد الشريكين حصته منها لشريكه ولأجنبى جائزة. وطروء الشيوع لا يفسد الهبة بالاتفاق وإذا وهب الشريكان العين المشتركة لواحد وسلماه جميعا صحت الهبة لانعدام الشيوع عند القبض.

والتصدق بالحصة الشائعة كهبتها فى كل ما مر من الأحكام لأن الصدقة نوع من الهبة

أما التشريع الوضعى فيجيز هبة الحصة الشائعة لأنه لا يشترط فى الهبة قبضا إذا وثقت رسميا ، ولا يحول الشيوع دون القبض قانونا إذا ما كانت بغير إشهاد رسمى.

الوقـــف :

يرى أبو يوسف صحة وقف الحصة الشائعة من أحد الشريكين ولزومه، وذهب محمد إلى ذلك فيما لا يحتمل القسمة. أما فيما يحتمل القسمة فلا يلزم وقف الحصة الشائعة فيه إلا بتسليمها بعد القسمة وهذا فى غير المسجد، أما فى وقف الأرض مسجدا فلا يجوز مع الشيوع اتفاقا، إذ بقاء الشركة يمنع الخلوص لله تعالى . والشيوع الطارئ لا يفسد الوقف عند مخمد رحمه الله[١].

إدارة المال الشائع :

من القواعد المقررة أن إدارة المكان المملوك إنما هى لمالكه أو من يقوم مقامه من وكيل أو وصى أو ولى، فمناطها الولاية، وبناء على ذلك تكون إدارة الأموال المشتركة على العموم من حق الشركاء فيها لأنهم هم المالكون، وعلى ذلك يجب لإدارتها إدارة تقوم عليه جميعه أن يجمعوا على ذلك أو ينيبوا عنهم وكيلا يقوم بذلك سواء أكان منهم أو من غيرهم، وهذا المبدأ لا خلاف فيه بين الشرعين غير

(١) الملكية ، ص ١٩٩ وما بعدها.

أن المادة (٨٢٨) فقرة ٢ مدنى تفيد أن هذه الإنابة قد تكون ضمنية يستدل عليها من الظروف، إذ قد نص فيها على أنه إذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الباقين عد وكيلا عنهم. ولاشك أن من أهم صور الاتفاق بين الشركاء على تنظيم الإدارة للمال الشائع قسمته قسمة المهايأة زمنية كانت أم مكانية وسيأتى بيان أحكامها عند كلامنا على انتهاء الشيوع.

ومما تجدر الإشارة إليه أن فقهاء الشريعة قد ذهبوا فى مجال إدارة المال المشترك واستثماره إلى أنه إذا وجدت ثمار يخشى عليها كان للشريك عند حضور شريكه وإبائه البيع أن يطلب القسمة ليخلص له التصرف فى حصته، فإذا كان شريكه غائبا جاز له بيع الثمار جميعها وأخذ ثمن حصته من المشترى وإبقاء ثمن حصة صاحبه عنده إلى حضوره، فإما أجاز البيع وقبض مايخصه وإما رفض وضمن صاحبه قيمتها وذلك تجنبا للضرر.

وقد ذهب التشريع الوضعى فى حال تعذر الاتفاق بين الشركاء إلى تنظيم جعل السلطة فى إدارة مالهم المشترك لأغلبية الشركاء محسوبة على أساس قيمة الأنصباء وفرق فيما يتعلق بمقدار هذه الأغلبية بين أعمال الإدارة المعتادة وأعمال الإدارة غير المعتادة.

فقد نص فى المادة (٨٢٨) مدنى مصرى على أن ما يستقر عليه أغلبية الشركاء فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع. وتحسب الأغلبية على أساس قيمة الأنصباء، فإن لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة، ولها عند الحاجة تعيين مدير لهذا المال وهذه المادة تطابق المادة (٧٨٣) سورى والمادة (٨٣٧) مدنى ليبى، وفى القانون العراقى نصت الفقرة الثانية من المادة (١٠٦٤) على أن ما يستقر عليه رأى أصحاب القدر الأكبر من الحصص فى أعمال الإدارة المعتادة يكون ملزما للجميع حتى المخالف، فإذا لم تكن ثمة أغلبية فللمحكمة بناء على طلب أحد الشركاء أن تتخذ من الإجراءات ما تقتضيه الضرورة ولها أن تعين عند الحاجة مديرا، وللأغلبية أيضا أن تختار مديرا وأن تحدد مدى سلطته. وإذا تولى أحد الشركاء الإدارة دون اعتراض من الآخرين عد وكيلا عنهم.

أعمـال الإدارة المعتـادة هى التى لا تنطوى على تغيير أساسى أو تـعديل فى الغرض الذى أعـد له المال الشائع كالإيجـار. وقد شرط التـقنين اللبنانى أن يكون للأغلبـية النـافذ رأيهـا فى الإدارة ثلاثة أرباع المصـالح التى يتكون منهـا موضـوع الشركة، وإذا لم يتوافر ذلك لها لجأ الشركاء إلى القـضاء ليقرر ما يراه أكثر انطباقا على مصلحة الشركة العامة، كما يمكنه حينئذ أن يعين للمال مديرا ويأمر بقسمته.

أما أعمال الإدارة غير المعتـادة فقد نص فى المادة (٨٢٩) مدنى مصرى على أن للشركاء الذين يملكون على الأقل ثلاثة أرباع المال الشائع المشترك أن يقرروا فى سبيل تحسين الانتفاع بهذا المال من التغـييرات الأساسية والتعديل فى الغرض الذى أعد له ما يخرج عن حدود الإدارة غـير المعتادة، على أن يعلنوا قراراتهم إلى باقى الشركاء، ولمن خـالف منهم حق الرجوع إلى المحكمة فى خـلال شهرين من وقت الإعلان، فإذا وافقت على قرار الأغلبية كان لها أن تقرر مع هذا ما تراه مناسبا من التدابير، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخـالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحـقه من التعويض. وهذه المادة تطابق مادة (٨٧٤) سورى فـيما عدا أن هذه الأخيرة تنص على أن يكون إعلان القرارات إلى باقى الشركاء بكتاب مضمون أو بطريقة رسمية أخرى كما تطابقها المادة (٨٣٨) ليبى.

ومن أعمـال الإدارة غيـر المعتـادة بناء المنازل وبناء الأراضى الخاليـة من البناء لإعدادها لـلاستغـلال، ولخطورة هذه الأعمـال لم يكتف الشـارع فيـها بالأغلبـية المطلقة وجعل للأقلية مع ذلك حق التظلم إلى المحكمـة. أما القانون العراقى فقد اكتفى فى هذا الـشأن بالأغلبية المطلقة للـشركاء فجعل لهـا سلطة التغييـر والتبديل بإذن المحكمة، حـيث تنص المادة ١٠٦٥ مدنى عـراقى على أن للشركاء أصـحاب القدر الأكبر فى الحصص أن يدخلوا ـ بإذن من المحكمة فى سـبيل تحسين الانتفاع بالمال الشائع من التـغييـرات الأساسية والتـعديل فى الغرض الذى أعـد له المال ما يخـرج عن حـدود الإدارة المعـتـادة، وللمـحكمـة أن تقـرر مـا تراه مناسـبـا من الإجراءات، ولها بوجه خاص أن تأمر بإعطاء المخـالف من الشركاء كفالة تضمن له الوفاء بما قد يستحقه من التعويض.

أما القانون اللبنانى فلا يخول الشركاء سلطة فى خصوص أعمال الإدارة غير المعتـادة، ومن ثم يتعين لإمكان القـيام به أن يتفق جـميع الشركاء فى ذلك، فـقد

نص فى المادة (٨٣٦) من القـانون اللبنـانى على أن لا تجبر الأقلية على قبـول قرارات الأغلبيـة إذا كانت تختص أولا بأعمال التصـرف وبأعمال الإدارة التى تمس الملكية مباشرة أو تختص بتعديـلات جديدة فى عقد الشركة أو الشىء المشترك، أو بعقد موجبات جديـدة، ففى هذه الأحوال يجب أن يتغلب رأى المعارضين. وهذه المبادئ لا تتـفق مع القواعد الـشرعية الـفقهيـة فى جملتـها، إلا بأن يرى أن هذه أحكام تقتـضيهـا المصلحة وهى مـصلحة عامـة بالنسبة إلـى كل مال مشـترك على الشيـوع، فإذا لم تكن وسـيلة للاتفاق بين الشـركاء أو لإنهـاء هذا الشيـوع، فإن الضرورة تقضى بوضع مثل هذا النظام، وفى مـثل هذه الحال لا يعد ذلك خروجا على المبادئ الشرعية إذ مراعاة المصلحة يعد من الأدلة الشرعية.

أما الأعمـال الخاصة بحفظ الأمـوال المشتركة، فـمن حق كل شريك وذلك مانص عليه فى المادة (٨٣٠) إذ جـاء فيها : لكل شـريك فى الشيوع الحق فى أن يتخذ من الوسـائل ما يلزم لحفظ الشىء المشتـرك ولو كان ذلك بغير مـوافقة باقى الشـركـاء، وبذلك جاءت المـادة ٧٨٥ سورى و(م ٨٣٩) ليـبى، ومـادة (١٠٦٩) عراقـى وهو ما تدل عليـه المادة (٨٣١) من القانون اللبنانى، وهـذا ما يتفـق وما ذهب إليه فقهاء الإسلام، فقد جـعلوا أعمال الحفظ من الأعمال التى ينفرد بها كل شريك من جـهة أنهـا أعمـال مأذون فيـها عرفـا، بل لقد أباحـوا ذلك للأجنبى، محافظة على المال الواجب احترامه.

حق الشريك فى تملك حصة صاحبه الشائعة عند بيعها لأجنبى :

تنص المادة (٨٢٣) مدنى مصرى على أن للشريك فى المنقول الشائعة ملكيته بين الشركـاء فيه أو فى مـجموع من المنقـول والعقار تشـيع ملكيته بين شـركاء أن يسترد قبل القسمة الحصة الشائعـة التى يبيعها شريك آخر لأجنبى بطريق الممارسة، وذلك خـلال ثلاثين يومـا من تاريخ علمـه بالبـيع أو من تاريخ إعـلانه به، ويتم الاسترداد بإعلان يوجهه إلى كل من البائع والمشترى، ويحل الشريك المسترد محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته إذا هو عوضه عن كل ما أنفقه.

وإذا تعدد المستردون فلكل منهم أن يسترد بنسبة حصته.

وهذا حق شرعـه القانون يشـبه حق الشـفعة، ويتـفق معه فـى الحكمة من التـشريع إلا أن الـقانون قـد جـعل له نطاقا يـختلف بعض الاخـتـلاف عن نطاق

الشفعة، فهو يثبت فى المنقول بينما لا تثبت الشفعة إلا فى العقار عند جمهور الفقهاء، ثم هو لا يثبت إلا فى منقول فقط أو فى مجموع لا يتكون إلا من عقار. ويثبت للشريك وقت البيع. وإذا تعدد الشركاء كان لكل منهم حق استرداد الحصة التى يبيعها أحدهم كل بنسبة حصته، وعلى ذلك تكون شروط ثبوت هذا الحق هى:

١ ـ أن يكون التصرف بالبيع، فلا يثبت عند التصرف بتصرف آخر من أنواع التصرف.

٢ ـ أن يكون التصرف واردا على حصة شائعة فإذا ورد على حصة مفرزة لم يثبت هذا الحق.

٣ ـ أن يكون التصرف صادراً لأجنبى لا لأحد الشركاء.

٤ ـ أن يكون التصرف بطريق الممارسة، فإذا تم بطريق المزاد العلنى فلا يجوز الاسترداد إذ يمكن لمن يريده أن يدخل فى المزاد.

ولا يقوم حق الاسترداد إلا بالنسبة إلى الحصة الشائعة المبيعة كلها فلا يجوز تجزئتها بطلب جزء منها.

ولم تذهب الشريعة الإسلامية هذا المذهب إذ لم تجعل للشريك فى هذه الحال إلا حق تملك الحصة المبيعة بطريق الشفعة على ما سنبين عند الكلام عليها، وعلى ما تكون فيه وما يجب أن يتوافر لها من شروط.

وقد ذهب القانون المدنى الليبى مذهب القانون المصرى إذ جاءت فيه المادة (٨٤٢) مطابقة للمادة (٨٣٣) مدنى مصرى، أما التقنين اللبنانى فلم يذهب هذا المذهب، ولم يجعل للشريك حقا فيما يباع من الحصص الشائعة فى المال المشترك، إلا ما يكون له بالشفعة وفقا لأحكامها، وذلك ما تدل عليه المادة (٨٣٨) منه إذ جاء فيها: أنه إذا باع أحد الشركاء حصته الشائعة من شخص آخر فلسائر الشركاء أن يتذرعوا بحق الشفعة، وفقا لأحكام القانون المختصة بها.

أما القانونان السورى والعراقى فليس فيهما نص فى هذا الموضوع.

انقضاء الشيوع بالقسمة

القسمة فى لسان الفقهاء جمع النصيب الشائع من مال مشترك فى جانب معين منه بناء على طلب أحد الشركاء، فإذا كانت أرض مشتركة بين اثنين مثلا فقسمت بينهما على حسب سهامهما، فاختص كل منهما بجانب معين منهما، وكان ذلك بناء على طلب أحدهما ـ تمت القسمة وصحت، أما إذا لم يكن من أحدهما طلب فلا تكون القسمة صحيحة.

والقسمة فى الأعيان أهم سبب ينقضى به الشيوع وهى التى تعرف بالتعريف السابق، أما قسمة المنافع وهى المعروفة باسم المهايأة، فلا ينتهى بها الشيوع فى الواقع وإنما تعد طريقة لتنظيم الانتفاع بالمال المشترك. وفيما يأتى الكلام على كل منهما.

قسمة الأعيان :

هى جمع النصيب الشائع أو بعض الأنصباء الشائعة فى جزء معين من المال المشترك يمثل هذا النصيب أو هذه الأنصباء فى هذا المال، وذلك بطريق الإفراز والتمييز بالنظر إلى بعضه، وبطريق المبادلة أو المعاوضة بالنظر إلى بعضه الآخر، وذلك لأن كل جزء من المال المشترك على الشيوع مملوك لجميع الشركاء فيه على الشيوع مهما كان ضئيلا، فإذا خص شريك من الشركاء بجزء معين منه كان بعضه ملكا لهذا الشريك من قبل الاختصاص به نتيجة لانتشار ملكه وشيوعه فى جميع أجزاء المال، وبعضه الآخر ملكا له بطريق المعاوضة والمبادلة عما كان له فى بقية المال المشترك من الأجزاء. ولولا هذا ما كان هذا النصيب ملكا لمن يختص به وإنما يكون مشتركا بين جميع الشركاء كل بقدر حصته فى المال المشترك، وإنما اختص به وصار جميعه ملكا له بالقسمة بناء على أنه قد أخذ فيه عين حقه بالنظر إلى ما يملكه فيه ابتداء، وأخذ باقيه عوضا عما يملكه من الأجزاء فى بقية المال المشترك بطريق المبادلة، فصار كل النصيب له، بعضه من قبل القسمة نتيجة للاشتراك وبعضه بطريق المعاوضة. وسواء فى هذا أن تتم القسمة بطريق التراضى أو بطلبها من القاضى لثبوت ما تتوقف عليه المبادلة فى الحالين، وهو التراضى بين المتبادلين،

وكذلك الحال إذا كانت جبرية بطلب أحدهما لقيام القاضى حينئذ مقام الممتنع فى تحقق رضاه منعا لظلمه المتمثل فى امتناعه، كما هو الحال فى المدين يجبر على قضاء الدين، ويقوم القاضى ببيع ماله فى هذه السبيل، إذا أصر على امتناعه، إذ قضاء الدين لا يتحقق إلا بطريق المعاوضة بينه وبين ما يوفى به،وبناء على هذا كانت القسمة فى جميع أحوالها إفرازاً بالنسبة لبعض الأجزاء فى النصيب ومعاوضة بالنسبة لبعضها الآخر، وكان معنى المعاوضة لازماً فى كل قسمة شرعية، إلا أنه قد أعطى لها فى المثليات المشتركة حكم الإفراز فى بعض الأحكام لأن المأخوذ من العوض مثل المتروك من المعوض، فكان فى المعنى كأنه هو وكأن من أعطى له هذا العوض قد أخذ عين حقه، حتى كان لكل من الشركاء أن يأخذ نصيبه من المال المثلى المشترك بدون رضا من صاحبه وفى غيبته.

وكان معنى المعاوضة فى القسمة فى جنس واحد مثلى كقمح مشترك وكتابين من نوع واحد ـ ضعيفاً لتساوى البدلين من كل وجه، وكان معنى الإفراز فيها ظاهراً لعدم التفاوت بين آحاد هذا المال أو أجزائه، وكأن كل شريك قد أخذ بالقسمة عين حقه مميزاً عن ملك شركائه، ولذا كان لكل منهم أن يقسم فى غيبة الآخرين وبدون علم منهم وأن يتسلم نصيبه فى غيبتهم، ولكن لا تتم القسمة إلا بتسلم الغائب حينئذ نصيبه، حتى إذا تلف قبل أن يتسلمه كان الباقى من المال المشترك بين الجميع، ولكن يجب أن يلاحظ مع هذا أنه إذا تلفت حصة القاسم من الشركاء بعد أن تسلمها ، تمت القسمة بالنسبة إليه وكان تلفها عليه، ولايكون له فيما استبقاه لغيره من الشركاء حظ. غير أنه لوجود معنى المعاوضة فى هذا النوع على الرغم من ذلك، لم تجز قسمة المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة منه مجازفة كما لا يجوز بيعها مجازفة لما فى ذلك من شبهة ربا الفضل عند عدم التساوى إذ إن المعاوضة بطريق المجازفة فى الأموال الربوية غير جائزة لذلك.

وإذا كانت القسمة فى جنس واحد قيمى كعشرين شاة مشتركة بين اثنين مثلا، أو قطعة أرض مشتركة فأخذ أحدهما بالقسمة تسع شياه، أو أخذ أحدهما الجانب الشرقى من الأرض وأخذ الآخر الباقى كان معنى المبادلة فى هذه القسمة أظهر من معنى الإفراز، لوجود التفاوت بين آحاد المال المشترك أو بين أجزائه، فلا يكون كل من الشريكين قد أخذ عين حقه وإنما أخذ بعض حقه الذى كان له من

قبل، وبدل ما كان له فى باقى المال المشترك بطريق المعاوضة بينهما، وبناء على ذلك لا تجوز هذه القسمة إلا بحضور جميع الشركاء ولا يجوز لأى شريك أن يأخذ حصته فى غيبة الباقين، ولكن لاتحاد الجنس فى هذا المال، ورغبة أحد الشركاء فى أن ينتفع بحصته مفرزة يجبر القاضى الممتنع عنها من الشركاء إذا ما طلبها أحدهم.

وإذا كانت فى جنسين أو أكثر من مال قيمى أو مثلى أو مختلط فإن معنى المبادلة فى هذه الحال يكون أوضح وأظهر منه فى الحال السابقة، ولذا لا تجوز القسمة أيضا إلا بحضور جميع الشركاء، ولا يجوز لأحدهم أن يأخذ حصته فى غيبة الآخرين، ولا تتم إلا بتراضيهم جميعا عليها ، وإذا طلبها أحدهم وامتنع الآخرون لم يجبر القاضى عليها من يأباها منهم، إذا لم تكن بقسمة كل جنس من الأجناس بينهم على حدة.

أما إذا كانت بقسمة كل جنس بينهم، كذلك فإنها حينئذ تكون من الحال الأولى إذا كان ذلك الجنس مثلياً ومن الحال الثانية إذا كان قيمياً.

وفى حكم الأجناس المختلفة الجنس الواحد، إذا تعددت آحاده وتفاوتت تفاوتاً فاحشاً كالجواهر، أو لم تتعدد ولكن لا يحتفظ كل حظ بمنفعته التى كانت له قبل القسمة كالحمام الصغير، والطاحونة فإن القسمة فى كل ذلك وأمثاله مما لاينتفع بكل حصة منه بعد القسمة الانتفاع الذى كان لها من قبلها، لا تتم إلا برضا الشركاء، ولا يجبر القاضى الممتنع منهم عليها.

ومما تقدم يتبين أن القسمة قد تتم بقسمة كل واحد من المال المشترك، وتسمى حينئذ قسمة تفريق، كأن يكون المال المشترك أرضا أو قمحاً فيقسم كل من الأرض والقمح، وقد تتم بإعطاء كل شريك جنسا من المال يجمع فيه نصيبه كأن يكون المال المشترك أرضا زراعية ودارا فيأخذ أحد الشريكين الأرض والآخر الدار، وتسمى حينئذ قسمة جمع. وكل من قسمتى الجمع والتفريق قد تتم بطريق القضاء والجبر عليها من القاضى، وتسمى حينئذ قسمة قضاء أو قضائية، وتكون أمام القاضى بناء على طلب بعض الشركاء مع إباء الآخرين. وقد تتم بالتراضى بين الشركاء، وتسمى حينئذ قسمة تراض أو اتفاقية كما يسميها رجال القانون، وفى

هذه الحال قد تكون فى مجلس القضاء عند تراضى جميع الشركاء عليها، وقد تكون بعيدا عنه إذا تمت بين الشركاء بتراضيهم فى غير مجلسه.

والأموال بالنظر إلى هذين النوعين من القسمة نوعان :

الأول : ما يقبل كلا منها وهو كل مال متعدد تقبل آحاده التجزئة مع بقاء منفعتها التى كانت لها قبل القسمة، وذلك كعدد من الدور الكبيرة أو الضياع.

والثانى : ما يقبل أحدهما فقط وهو إما أن يقبل قسمة التفريق فقط كدار كبيرة، أو ضيعة من كل مال غير متعدد تقبل التجزئة مع بقاء منفعته التى كانت له قبل القسمة لكل حظ منه. وإما أن يقبل قسمة الجمع فقط، وهو كل مال متعدد الآحاد إذا كانت آحاده لا تحتفظ بمنفعتها التى كانت لها بعد القسمة كعدد من السيارات.

ومن البيان المتقدم، يتبين أن القسمة طريق انتفاع كل مالك شريك بما يملك من المال المشترك انتفاعاً كاملا غير مقيد بحقوق شركائه فى هذا المال نتيجة لشركتهم فيه. وأنها لذلك أثر ونتيجة لثبوت الملك فى المال المشترك، لأنها الطريق إلى تحقيق عنصر الانتفاع على وجه الكمال. ومن ثم كان حق المالك الشريك فى القسمة أو حقه فى طلب القسمة حقا لازما لملكه كحقه فى التصرف فيه، ولم يجز أن يحال دونه أو أن يمنع منه ولو باتفاق بينه وبين شركائه، وكان الاتفاق بين الشركاء فى المال المشترك على بقائه مشتركا وعلى ألا يكون لأحدهم طلب قسمته اتفاقًا باطلا غير ملزم لهم كاتفاقهم على عدم جواز التصرف فيه ببيع أو نحوه طالت مدته أو قصرت.

ولا يمنع شريك من طلب قسمة المال المشترك إلا حيث تكون آحاد المال أو أجزاؤه متفاوتة تفاوتاً فاحشاً، أو تفسدها القسمة كالجواهر، أو يكون المال عينا لا يحتفظ كل حظ منها بعد قسمتها بمنفعته التى كانت له من قبل، ففى هذه الحال لا تتم القسمة إلا بتراضى جميع الشركاء ولا يمنع منها ترتب الضرر عليها لرضاهم به، وهم أصحاب الحق، وإن عد ذلك منهم من قبيل السفه وسوء التصرف، ولذا لا يجبر القاضى عليها وسيأتى لذلك زيادة بيان.

ذلك ما ذهب إليه الفقه الإسلامى وخالف فى ذلك التشريع الوضعى، فقد نص فى المادة ٨٣٤ مدنى مصرى على أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع، ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو اتفاق، ولا يجوز بمقتضى الاتفاق أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين، فإذا كان الأجل لا يجاوز هذه المدة نفذ الاتفاق فى حق الشريك وفى حق من يخلفه. وبهذا جاءت المادة (٧٨٨) مدنى سورى، والمادة (٨٤٣) مدنى ليبى كما نص فى المادة (١٠٧٠) مدنى عراقى على هذه الأحكام، إذ جاء فيها أن لكل شريك أن يطالب بقسمة المال الشائع ، ما لم يكن مجبرا على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص أو شرط. ولايجوز بمقتضى الشرط أن تمنع القسمة إلى أجل يجاوز خمس سنين. وإذا اتفق الشركاء على البقاء فى الشيوع مدة أطول أو مدة غير معينة، فلا يكون الاتفاق معتبراً إلا لمدة خمس سنوات، وينفذ شرط البقاء فى الشيوع فى حق الشريك، وفى حق من يخلفه.

أما التقنين اللبنانى فقد جاء فيه ما يخالف بعض هذه الأحكام، إذ نص فى المادة (٨٤٠) من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى، على أنه لا يجبر أحد على البقاء فى الشيوع فلكل شريك أن يطلب القسمة، وكل نص مخالف يكون باطلا، كما نص فى المادة (٨٤١) من هذا التقنين على أنه يجوز مع ذلك الاتفاق على أن الشريك لا يمكنه أن يطلب القسمة إلا بعد انصرام مدة معينة من الزمن لا تتجاوز خمس سنوات على الأكثر، على أن المحكمة يجوز لها حتى فى هذه الحال أن تأمر بحل الشركة، وبالقسمة فى أثناء المدة المتفق عليها لاستمرار الشيوع. فقد خول هذا التقنين للمحكمة بمقتضى المادة (٨٤١) مخالفة اتفاق الشركاء بأن تأمر بحل الشركة.

والواقع المشاهد أن الملكية الشائعة كثيراً ما تتعارض فيها حقوق الشركاء، ويؤدى تعارضها إلى منازعات قد تعوق انتفاع الشركاء بالمال المشترك على خير وجه، كما قد ينجم عنها قيود فى حرية التصرف مراعاة لحقوق الشركاء، مما قد يحول دون قيام هذه الملكية بما يرجى منها من نفع خاص أو عام، ولذا كان الاتجاه فى التشريع إلى ألا يحول دون إنهاء الملكية الشائعة عقبات، وأن يجاب إلى طلبه من يطلبها من الشركاء، وكانت تلك هى وجهة الفقه الإسلامى، غير أنه قد رأى

رجال التشريع أن المصلحة قد تدعو إلى بقائها لأسباب وقتية عارضة، فذهبوا إلى ترك تقدير ذلك للشركاء أنفسهم لأنهم أدرى بمصالحهم ولكن مع قيود روعى فى وضعها جانب المصلحة الاجتماعية. ولهذا كان الأصل أن يكون لكل شريك الحق فى طلب القسمة، ولا يمنع من ذلك إلاحيث يكون مجبراً على البقاء فى الشيوع بمقتضى نص قانونى، أو اتفاق بين الشركاء، ومن ذلك حال الشيوع الإجبارى الذى أشير إليه فى المادة ٨٥٠ مدنى مصرى، إذ جاء فيها بأنه ليس لشركاء فى مال شائع أن يطلبوا القسمة إذا تبين من الغرض الذى أعد له هذا المال أنه يجب أن يبقى دائما على الشيوع. وذلك كما إذا تبين أن الانتفاع به لا يتم إلا على هذا الوجه، وأن القسمة تذهب بمنفعته، وقد عرض الفقهاء لمثل هذه الحال على صورة عامة، فذهبوا إلى عدم جواز قسمة الملك المشترك، إذا تضرر جميع الشركاء من قسمته. وذلك كطريق خاص مملوك لشركاء يسلكونه إلى أملاكهم، وليس لهم طريق سواه، ولا تصلح قسمته إلى عدة طرق، أو كسلم مشترك فى منزل ذى طبقات لكل شريك طبقة، ولا سبيل لهم إلى وصولهم إلى طبقاتهم إلا عن طريقه، ولا يصلح لأن يكون منه عدة سلالم،ففى مثل هذه الحال لا يجاب طلب القسمة. وجاء فى ابن عابدين أن من الفقهاء من ذهب إلى أن القاضى لايستجيب إلى هذا الطلب، وإن اتفق عليه لأنه لا يجوز للقاضى أن يشغل نفسه بما لا فائدة فيه ولا يكون منه إلا الضرر، ولكن لا يمنعهم إذا فعلوا لأن القاضى لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله.

ومما يتفرع على ذلك، أنه لو أوصى إنسان لعدة أشخاص بأرض زراعية مشترطاً بقاءها على الشيوع بينهم، فالوصية صحيحة، والشرط باطل لمخالفته مقتضى العقد على ماذهب إليه الفقهاء.

أما فى التشريع الوضعى، فقد جاء فى الملكية للدكتور الصدة أن اشتراط بقاء المال الموصى به على الشيوع بين الموصى لهم اشتراط صحيح، ما دام أنه لا يمنع القسمة فيما يزيد على خمس سنوات، وكان الباعث عليه مشروعاً، وقال إن هذه المسألة محل خلاف؛ إذ يرى فريق من الشراح أن هذا الشرط باطل، وذلك بناء على أن الشارع لم يجز الخروج على الأصل الذى يقضى بأن للشريك الحق فى طلب القسمة إلا باتفاق جميع الشركاء على ذلك حيث يكونون على بينة مما

فيه مصلحتهم ووفاء ذلك الشرط بها مع ملاحظة ما اشترطه القانون من عدم تجاوز المدة خمس سنوات.

ويلاحظ على هذا الرأى أنه تجاهل الباعث المشروع الذى يدفع الموصى إلى إيراد مثل هذا الشرط. وإذا كان للموصى لهذا البعث أن يمنع الموصى له من التصرف فى العين الموصى بها، ويكون اشتراطه ذلك فى الوصية شرطا صحيحا فأولى أن يجوز له الاشتراط المانع من القسمة لمدة لا تتجاوز خمس سنوات.

وقد يقال فى دفع هذه الملاحظة أن اشتراط الموصى على الموصى له عدم التصرف فى العين الموصى بها يجعل وصيته بالعين وصية بمنافعها دون ذاتها، ومن ثم كان اشتراط عدم التصرف فيها غير مخالف لمقتضى الوصية بخلاف اشتراط بقائها على الشيوع.

ركنـــــــــها :

ركنها الفعل الذى يحصل به الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالكيل فى المكيلات والوزن فى الموزونات والعدد فى المعدودات والزرع فى المزروعات وهكذا.

ويعد هذا الفعل قائما مقام الإيجاب والقبول من المتقاسمين فيما هو ملحق بالمعاوضة من أنواعها على ما بينا، وبه يتحقق التراضى الواجب لصحة المعاوضة فيها. أما فيما هو معدود من قبيل الإفراز والتمييز بين الأنصباء كالقسمة فى المثل عند اتحاد الجنس فليس فيه معنى المعاوضة، ولذا لا يحتاج الأمر فيه إلى الإيجاب والقبول، إذ يعده الفقهاء مجرد إفراز لتمييز الأنصباء بعضها من بعض.

واعتبار الفعل الذى يتم به الإفراز ركنا قائما مقام الإيجاب والقبول فيما ذكر واضح فيما إذا كانت القسمة بالتراضى بين الشركاء لتضمن رضاهم إنابة من يقوم به عنهم فيه، فكان كالوكيل عن طرفى العقد فى إنشائه. أما إذاكانت بطريق الجبر من القاضى فإن نيابة القاسم حينئذ عمن يأباها منهم فى هذه الحال تثبت شرعاً وقضاء للوصول إلى القسمة دفعا لظلمه، إذ إن إباءه القسمة عند طلبها ممن طلبها للانتفاع بملكه على وجه الكمال ظلم يجب دفعه. ولهذا لا تصح القسمة إلا بحضور جميع الشركاء فيما يعد من قبيل المعاوضة، وصحت فى غيبة بعضهم فيما يعد إفرازا وتمييزاً. ذلك ما يظهر من كلام الفقهاء وتفريعهم المسائل.

حكمــــــــها :

تعيين نصيب كل شريك من الشركاء على حدة مميزا من نصيب غيره فيستقل بملكه نتيجة لها.

وهل تعد القسمة بالنظر إلى هذا الملك كاشـفة عما يملكه فى المال المشترك، فيعتبر مالكا له منذ بداية الاشتراك والشيوع، أم تعد منشئة لهذا الملك فيما لم يكن مملوكا له من الأجزاء التى كانت مملوكة لغيره من الشركاء قبل القسمة فيبتدئ ملكه لها من وقت القسمة عقب أن قد تلقاه عن شركائه بطريق المقايضة والمبادلة، فتطبق أحكام هذه المبايعة بينهما وتترتب عليها آثارها.

لم يظفـرهذا الموضوع أو هذا الـبحث فى الفـقه الإسـلامى ببـحثـه ونظره استقلالا بحيث تتضح منه آراء الفقهاء فى ذلك، ولكنهم مع ذلك، قد كشفوا عن آرائهم فيه عند بيانهم لطبيعة القسـمة، وفى حلولهم لبعض مسائلها، ذلك أنهم قد ذكروا أن القسمة لا تخلو مـن معنى المعاوضة بين المتقاسمين على مـا شرحنا فيما سـبق. وأن هذا المعنى قـد يكون واضـحـا بينا، ولذا كـان له أثره. وهذا مـا هو حاصل فى قسمة الأجناس المختلفة وفى قسمـة القيميات على وجه العموم. وكان لذلك لابد فيـها من مراعـاة تحقق الرضا الواجب لصـحة المعاوضة، ولم يجـيزوا لذلك الإجبار عليـها. ومقتضى ذلك اعـتبار المتقـاسمين بيعين حل أحـدهما محل الآخر، فيما كان له من ملك بمقتضى القسمة، وكان له بناء عليها ملك ما لم يكن مملوكا له من قبل، وهو مـا كان ملكا لصاحبه من أجزاء المال المشـترك نظير حلول صاحـبه محله فى تملك ما كـان مملوكا له منها. ومـعنى ذلك ثبوت الخلافة بينهـما على الوجه الذى شرحناه فى بيان طبـيعة القسمة وأثبتوا فيـها لذلك جواز اشتراط الخيار كما أثبتوا خيار الرؤية وخيار العيب وأجازوا الإقالة فيها أى فسخها بالتراضى بين المتقاسمين، كما يجوز فى غيرها من عقود المعاوضات كالبيع والإجارة. ومظهر ذلك كله ذهابهم إلى أن القـسمـة منشئـة للحق بالنظر إلى مـا ملكه المتقـاسم من الأجزاء التى لم تكن مملوكة له من قبل وليست كاشـفة بالنسبة إلى جميع ما خص المتقاسم من حظ فيها.

وقد يكون معنى المبادلة فيها غير بين كما فى قسمة الجنس الواحد من المثليات على ما بينا فيما سبق. ولخفائه لم يشترطوا فيها رضا جميع الشركاء، وذهبوا إلى جواز الإجبار عليها ولم يثبتوا فيها خيار الشرط ولا خيار الرؤية ولم يجيزوا فيها الإقالة فلا تبطل برضا المتقاسمين واتفاقهم[1]. ومظهر ذلك أنهم اعتبروها فى هذه الحال كاشفة عن حق المتقاسم وليست من قبيل المبادلة ولا منشئة لحق له.

وليس مرد هذا إلى التفرقة فى معنى القسمة وطبيعتها فى الحالين؛ لأن المعنى فيهما واحد وإنما مرده إلى أمر خارج عنها وهو تماثل المال المقسوم تماثلا لا يتحقق معه معنى المبادلة على وضعه الصحيح المعروف فى مبادلة الشىء بغير مثيله، وعلى هذا يكون نظر الفقه الإسلامى متجها إلى اعتبار القسمة فى ذاتها منشئة للحق فيما لم يكن ملكا للمتقاسم من قبل كاشفة له فيما كان مملوكا له من قبل ، وإن اعتبروها كاشفة له فى المثلى على العموم بسبب خارج عنها.

ويؤيد هذا ما جاء فى الهندية من أن أحد الشريكين فى الدار إذا باع منها بيتاً معيناً توقف عقده على إجازة شريكه فإن أجازه نفذ وكان البيت جميعه لمشتريه وباقى الدار بينهما وإن لم يجز بطل البيع،وذلك لأنه قد باع مالا يملك إذ لايملك جميع البيت وإذا وقعت القسمة بعد ذلك فكان البيت المبيع فى نصيب بائعه لم يصح العقد إذ لا صحة لعقد بعد إبطاله ولو كانت كاشفة لصح العقد.

وكان نظر فقهاء الرومان مماثلا لنظر فقهاء الإسلام إذ بنوا نظرهم على أن جميع الشركاء يملكون كل ذرة من ذرات المال الشائع فلكل منهم حصة فيها فإذا وقعت القسمة أصبح كل منهم مالكا لجميع ما جعل نصيباً له وذلك لا يكون إلا عن مقايضة تمت فى شأن الحصص الشائعة، وعلى هذا إذا وقعت القسمة فى مال مشترك موروث بين الورثة فلا يكون الوارث خلفاً عن مورثه إلا بالنسبة إلى حصته الشائعة التى كانت له قبل القسمة فى نصيبه الذى خصه بالقسمة.

أما بالنسبة لما عداه فإنه يكون خلفاً للمتقاسمين معه وعلى هذا تكون القسمة ناقلة للحق فى خصوص ما كان لهؤلاء من أجزاء انتقلت بالقسمة إلى المتقاسم

---

(١) ابن عابدين، جـ ٥، ص ١٨٨.

معهم، وقد رتبوا على ذلك أن الرهن الذى ينشئه أحد الشركاء أثناء الشيوع على حصته الشائعة يظل قائمًا على كل العقار المرهون على الرغم من وقوع القسمة حتى بعد قسمة هذا العقار وصيرورته إلى شريك غير راهنه. إذ فى هذه الحال يئول إليه محملا بالرهن بقدر الحصة التى كانت لراهنه فيه،ولما كان الرهن لايقبل التجزئة فإن المتقاسم لايستطيع أن يخلص نصيبه إلا إذا وفى الدائن بكل دينه ـ وإزاء هذه النتائج الضارة اتجه الفقه الوضعى والقضاء فىّ عهد القانون الفرنسى القديم إلى تصوير آخر للقسمة يؤدى إلى عكس هذه النتائج إذ لم تجعل القسمة سند تمليك وإنما جعلت تصرفًا محددًا للأشياء التى يتلقاها الوارث،فكل واحد من الورثة لايرث سوى جزء يتعين بالقسمة واعتبرت القسمة ذات أثر رجعى وكان الوارث بمقتضاه خلفًا للمورث بالنسبة لكل ما خصه بسبب القسمة وذلك ما يجعل القسمة كاشفة للحق ومحددة له وليست ناقلة كما يجعل لها أثرًا رجعيًا على معنى أن أثرها يرجع ويستند إلى وقت بداية الشيوع.

وعلى هذا جاءت المادة ٨٤٣ مدنى مصرى إذ نص فيها على أنه يعتبر المتقاسم مالكًا للحصة التى آلت إليه منذ أن تملك فى الشيوع وأنه لم يملك غيرها شيئًا فى بقية الحصص وتطابقها المادة ٧٩٧ مدنى سورى والمادة ٨٤٧ ليبى، وتفيد المادة ١٠٧٥ عراقى أن معنى الإفراز فى القسمة يرجح على معنى المبادلة فيها فيعتبر كل متقاسم أنه كان مالكًا للحصة المفرزة التى آلت إليه وأنه لم يكن يملك شيئًا من باقى الحصص وعلى هذا أيضًا التقنين اللبنانى.

ومما يلاحظ أن هذا الحرج المتمثل فى الرهن لا محل له فى الفقه الإسلامى إذ لايجوز فيه رهن الشارع.

وجملة القول أن ما ذهب إليه رجال القانون من جعل القسمة كاشفة لامنشئة إنما هو افتراض يخالف الواقع ألجأهم إليه ما يصدر من بعض الشركاء من تصرفات المال المشترك اعتبروها مع قيام الشيوع نافذة فى المال المشترك وكان من أثر ذلك بقاؤها فيه بعد قسمته بين الشركاء وكان فى بقائها إضرار بالغ بغير المتصرف من الشركاء ودفعًا لهذا الضرر التجئوا إلى الافتراض وجعل القسمة كاشفة عما كان للمتصرف من حق وأن تصرفه يجب أن يقتصر على حقه الذى ناله بالقسمة.

أما الفقه الإسلامى فلم يلجئه إلى مثل هذا الافتراض شىء من أحكامه ، ذلك لما ذهب إليه من توقف نفاذ جميع تصرفات الشركاء فى المال المشترك على اجازة الشركاء إذا ما مسهم هذا التصرف.

لزومها : إذا كان المال المشترك مثليا فى يد أحد الشريكين مثلا وقام بقسمته فى غيبة صاحبه جاز ذلك إذا كانت القسمة فى كل جنس على حدة دون مبادلة فيها بين الأجناس،غير أنها لاتتم ولاتنفذ إلا بسلامة حظ الغائب ووصوله إلى يده أو بسلامة حظ الشريك الصغير إذاما قام بها الشريك البالغ ووصوله إلى يد وليه لتوقف اختصاصه به وتعيينه له على تسلمه إياه إذ ليس للشريك ذى اليد ولاية على الغائب أو ولى الصغير فى ذلك وبناء على ذلك يتوقف نفاذها ولزومها على تسليم الغائب أو ولى الصغير ما أفرزته القسمة له فإذا هلك قبل وصوله إليه كان ما جعله الشريك الحاضر حظًا لنفسه مشتركًا بينه وبين صاحبه الغائب أو الصغير على ما كان الحال عليه قبل القسمة.

أما القسمة فى غير ذلك فإنها لاتتم ولاتنفذ إلا إذا كانت بحضور جميع الشركاء وهم أهل لها فإن كان فيهم صغيرأو مجنون وجب حضور من له الولاية عليه وعند ذلك تصير لازمة بتمام التمييز فلايستقل أحد الشركاء بنقصها بعد ذلك كما أنها تلزم كذلك بإجازة القاضى إذا كان بين الشركاء من هو عديم الأهلية أو ضعيفها ولم يمثله فيها وليه [1]

وإذا قسم القاضى أو نائبه بالقرعة فليس لأحد الشركاء أن يأبى بعد خروج بعض السهام سواء أكانت القسمة بالتراضى أم بالجبر، كما لايكون له ذلك قبل خروج القرعة وظهور بعض السهام إذا كانت جبرية، أما إذا كانت بالتراضى فإن له أن يرجع ما لم تتعين جميع الأسهم، وعلى الجملة فالقسمة بتمامها تصير لازمة لايصح الرجوع فيها.

أنواعها : القسمة بالنظر إلى الإجبار عليها عند طلبها من أحد الشركاء وإباء غيره نوعان :

نوع يجبر عليه الأبى عند الطلب من أحد الشركاء.

---

(١) ص ١٨٤ الد المحتا حـ ص ١٨

ونوع لايجبر عليه الآبى.

وبيان ذلك فيما يلى :

المال المشترك إما أن يكون مثليًا وإما أن يكون قيميًا،وفى كلا الحالين قد يكون جنسًا واحدًا أو أكثر من جنس.

فإن كان مثليًا وهو جنس واحد وطلب أحد الشركاء فيه قسمته أجيب إلى طلبه. وإذا أباها أحد منهم أجبر عليها إذا لم يترتب عليها ضرر وذلك كأن يكون المشترك مكيلا أو موزونًا أو عدديًا متقاربًا فإن ترتب عليها ضرركما إذا كان المال المشترك واحدًا غير متعدد ككتاب مطبوع لم يجب طالبها إلى طلبه إذ لاتكون قسمته إلا بتوزيع أوراقه بين الشركاء فيه وذلك ضرر بين يتنافى مع ما شرعت له القسمة من تأديتها إلى كمال انتفاع الشريك بحظه من المال المشترك وإنما يؤمر الشركاء فيه بالتهايؤ بحسب الزمان فينتفع به كل فى مدته من الزمن ومن أبى ذلك منهم لم يجبر على أن ينتفع وإنما يكون الكتاب تحت إرادته.

وإن كان المال المشترك عدة أجناس فطلب أحد الشركاء قسمتها بينهم وذلك بطلب قسمة كل جنس على حدة أجيب إلى طلبه وأجبر الآبى عليها أيضًا كما تقدم بيانه.

وإن طلب توزيع الأجناس بينهم لم يجب إلى طلبه إلا إذا تراضى على ذلك جميع الشركاء فإن لم يتراضوا على ذلك لم يجبر الآبى وقسم كل جنس بينهم كما تقدم، وذلك لغلبة معنى المبادلة والمعاوضة فى القسمة المطلوبة.

وإن كان المال المشترك قيميًا وهو جنس لم تتفاوت آحاده تفاوتًا فاحشًا وطلب أحد الشركاء قسمته أجيب إلى طلبه وأجبر الآبى عليها وذلك كضيعة مشتركة وعدد من الغنم أو البقر، وهذا إذا لم يترتب على ذلك ضرر، والمراد بالضرر ألا يكون لكل حظ من المال المقسوم بعد قسمته الانتفاع الذى كان له قبلها كأن يكون المال المشترك حمامًا لايقبل قسمته إلى حمامين و آلة أو ثوبًا أو حيوانًا ونحو ذلك. ففى هذه الحال لايجبر آبى القسمة عليها ولاتتم إلا بتراضى جميع الشركاء وإن كان من وراء قسمته بينهم انتفاعهم كل بحظه على وضع معروف.

فإن لم يرضوا قسمته أمرهم القاضى بأن ينتفعوا به بطريق المهايأة إن أمكن ذلك وإلا باع القاضى المال وقسم الثمن بينهم دفعًا للضرر على ما رآه محمد رضى الله عنه.

وإذا كان الضرر المترتب على القسمة يقع فى بعض الحظوظ لصغرها مثلا دون بعضها الآخر كدار للسكنى بين شركاء اختلفت أنصباؤهم فيها كبيرًا وصغيرًا فإذا قسمت بينهم أمكن لبعضهم أن يجعل حظه دارًا لسكناه دون بعضهم الآخر لم تقسم إلا بطلب صاحب الحظ الكبير الذى ينتفع بحظه ولايجاب صاحب الحظ الصغير إلى طلبه قسمتها إذا أباها صاحب الحظ الكبير؛ لأن طلبها من صاحب الحظ الصغير يعد سفها إذ ليس من وراء إجابته إلى طلبه منفعة له. وقيل بعكس ذلك لأن طلبها من صاحب الحظ الكبير مع تضرر ذى الحظ الصغير يعد تعسفًا فى استعماله حقه لما يترتب عليه من الضرر بصاحبه ضررًا فاحشًا لعدم استطاعته الانتفاع بحظه، بينما ينتفع الطالب بالمال المشترك على أية حال وإنما تكون القسمة فى هذه الحال برضا الجميع، وقيل يجاب كل منهما إلى طلبه إذا طلبها وأفتى به ولكن المتون على أن الذى يجاب إلى طلبه هو صاحب الحظ الكبير وعليه المعول.

وإن كان المال المشترك القيمى أجناسًا متعددة مختلفة وأريد قسمة كل جنس على حدة فالحكم كما تقدم، وإن أريد قسمتها على وجه التبادل بين الأجناس لم يجبر القاضى الآبى عليها لظهور معنى المعاوضة فيها ظهورًا بينًا كما تقدم وذلك ما يستوجب قيامها على التراضى بين جميع الشركاء.

وفى حكم الأجناس القيمية المتعددة الجنس الواحد من المال القيمى إذا تعددت آحاده وكان بينها تفاوت فاحش كالجواهر فإن التفاوت بينها عظيم لاختلافها فى أحجامها وفى صفاتها وفى وضعها وصورتها مما يكون له أثر كبير فى قيمها فلا يقسم إلا بتراضى الشركاء ولايجبر القاضى من يأباها منهم على قسمته وإذا أراد أحد الشركاء البيع وأباه الآخر لم يجبر الآبى على بيع نصيبه خلافًا لمالك.

وهذا الحكم عام فى كل مال مشترك طلب أحد الشركاء بيعه وأبى

ذلك الآخر إذ لايباع على إنسان ماله إلا لدفع الضرر الفاحش[1].

إدخال النقود فى القسمة:

والأصل فى القسمة أن تخص كل شريك بكامل نصيبه عينا. ذلك ماذهب إليه الفقه الإسلامى والفقه الوضعى. غير أنه قد يتعذر ذلك على القسام لأسباب كثيرة تحول دون تحقيقه فيضطر فى تحقيق التعادل المطلوب إلى الالتجاء إلى النقد يدفعه لمن انتقص نصيبه عن حظه المملوك له من حصل من الشركاء على أكثر من حظه فى المال المشترك. وذلك مانص عليه فى المادة ١/٨٣٧ مدنى مصرى إذ جاء فيها: وإذا تعذر أن يختص أحد الشركاء بكامل نصيبه عينا عوض بمعدل عما نقص من نصيبه وتطابقها المادة ٢/٧٩١ مدنى سورى وفى معناها المادة ٣/١٠٧٢ مدنى عراقى.

والعبرة فى هذا الشأن بقيمة الأموال المشتركة وقت إجراء القسمة لا وقت بدء الشيوع ولا وقت طلب القسمة.

وكذلك قد تتعذر القسمة العينية بين الشركاء مع مراعاة انتفاع كل شريك بنصيبه منها لأسباب كثيرة لاتخفى؛ وفى مثلها يقرر القسام قبول المال المشترك للقسمة، وكثيراً مايكون هذا فى قسمة المبانى. ومثل ذلك لاسبيل إلى إزالة الشيوع فيه إلا بالالتجاء إلى القسمة بطريق التصفية، وفيها تنص المادة ٨٤١ مدنى مصرى على أنه إذا لم تمكن القسمة عينًا أو كان من شأنها إحداث نقص كبير فى قيمة المال المراد قسمته بالطريق المبين فى قانون المرافعات، وتقتصر المزايدة على الشركاء إذا طلبوا هذا بالإجماع، وتطابقها المادة ٧٩٥ مدنى سورى، وتتفق معها المادتان ١٠٧٣، ١٠٧٤ مدنى عراقى ـ ذلك ماذهب إليه التشريع الوضعى.

وفى الدر المختار وابن عابدين عليه [2]، أن الدراهم لاتدخل فى قسمة العقار أو المنقول إلا برضا الشركاء. وقد علل الزيلعى ذلك بأنه لاشركة فيها، وبأن التعديل يفوت بها عند إدخالها فى القسمة إذ إن بعضهم يصل إلى عين حقه من المال المشترك فى الحال بينما لايكون للآخر إلا دراهم فى الذمة ويخشى عليها

---

(١) الدر المختار ص ١٨٣، ص ١٨٤ج٥، وحاشية ابن عابدين

(٢) جـ ٥، ص ١٨٥

التوى، وهذا يدل على أن امتناع ذلك إنما يتحقق فى إعطاء أحد الشركاء عينا وإعطاء الآخر دراهم يدفعها من أعطى العين حتى يقال أن من أخذ الدراهم قد أعطى مايتوى ولايتعادل لذلك مع العين، وأن الدراهم لم تكن مشتركة. ثم ذكر صاحب الدر بعد ذلك أن المال المشترك إذا كان أرضا وبناء قسم بالقيمة عند أبى يوسف، وعند محمد أنه إذا لم تمكن التسوية بالأعيان جعلت الدراهم مقابل الفضل للضرورة، واستحسنه فى الاختيار. وقال فى الهداية إن هذا يوافق رواية الأصول. ونتيجة ذلك أن القسمة العينية إذا لم تكن ممكنة كانت قسمة المال بقسمة قيمته بعد بيعه عند أبى يوسف ومحمد وإلا فكيف تقسم جوهرة مشتركة أو كتاب مشترك. قال فى الدر المختار: وإذا أراد أحد الشركاء البيع وأبى الآخرون لم يجز البيع، ثم قال: ولاتقسم الكتب بين الورثة ولكن يكون الانتفاع بالمهاياة، ولايجوز قسمتها بالأوراق ولا بالمجلدات ولو تراضى الشركاء على قسمتها بالقيمة جاز، وإلا لم يجز. ومقتضى ماتقدم أن ذلك مقيد بعدم الضرورة.

وجاء فى كشاف القناع أن الطريق إليها هو البيع وقسمة الثمن بين الشركاء فى مثل: حيوان وسيف وكتاب. ويجبر الآبى على ذلك، قال الشيخ: وهو مذهب أبى حنيفة ومالك وأحمد [1]، وإلى ذلك ذهب الشافعية عند تعينه[2]. وبناء على ماذكر فالفقهاء على اتفاق فى أن القسام يلجأ إلى البيع وقسمة الثمن عند تعين ذلك لقسمة الأعيان المشتركة كما يجوز له التعديل بين الأنصباء بادخال النقود بناء على رضاهم.

ومما تقدم يتبين أن القسمة قد تتم بقسمة كل نوع من المال المشترك وتسمى حينئذ قسمة التفريق كأن يكون المال المشترك أرضا أو دارا أو مقدارا من البر فيقسم كل من الأرض والدار والبر بين الشركاء. وقد تتم بجعل نصيب كل شريك من الشركاء فى بعض آحاد المال وجمعه فيه كأن يكون المال المشترك أرضا ودارا فيأخذ أحد الشريكين فيه الأرض والآخر الدار، وتسمى هذه القسمة قسمة جمع. وكل من قسمة التفريق والجمع قدتتم بطريق القضاء والجبر عليها وتسمى حينئذ قسمة قضاء أو قضائية، وتكون أمام القاضى بناء على طلب أحد الشركاء مع إباء غيره.

(١) الدر المختار وحاشية ابن عابدين عليه، جـ٤، ص٢٢٠.

(٢) نهاية المحتاج، جـ٨، ص٢٧٢.

وقد تتم بالتراضى بين الشركاء وتسمى حينئذ قسمة تراض أو قسمة اتفاقية وهذه قد تكون أمام القضاء إذا ماتراضى عليها جميع الشركاء فى مجلسه، وتارة تكون خارج مجلسه.

والأموال بالنسبة إلى هذين النوعين نوعان: نوع يقبل كلا منهما، هو كل مال متعدد تقبل آحاده التجزئة مع بقاء منفعتها التى كانت لها قبل قسمتها، وذلك كعدد من الدور الكبيرة والضياع. ونوع يقبل أحدهما فقط وهو إما أن يقبل قسمة التفريق فقط كدار كبيرة أو أرض زراعية واسعة. وضابطه أن يكون المال شيئا واحدا يقبل التجزئة مع بقاء منفعته التى كانت له قبل قسمته، وإما أن يقبل قسمة الجمع فقط وهو أن يكون متعدد الآحاد، ولكن آحاده إذا قسمت لايحتفظ كل حظ منها بما كان له من منفعة قبل القسمة كعشرين شاة وعشر سيارات.

هذا ماذهب إليه الفقهاء، وذهب الفقه الوضعى إلى أن القسمة قد تكون اتفاقية، وذلك إذا اتفق الشركاء على كيفية قسمة المال المشترك بينهم وتكون قضائية إذا لم يتفقوا وتولاها لذلك القضاء.

القسمة الاتفاقية:

تنص المادة ٨٣٥ مدنى مصرى: على أن للشركاء أن يقتسموا المال الشائع بينهم بالطريقة التى يرونها إذا انعقد إجماعهم على ذلك فإذا كان من بينهم من هو ناقص الأهلية وجب مراعاة الإجراءات التى نص عليها القانون. وفى المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال المصرى «على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك، فإذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها هذه القسمة والإجراءات التى يجب اتباعها، وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر اتخاذ إجراءات القسمة القضائية. وتنص المادة ٧٩ من هذا القانون على أنه يسرى فى شأن قسمة مال الغائب والمحجور عليه مايسرى فى شأن قسمة القاصر من أحكام، وذلك ماذهب إليه القانون السورى فى مادته ٧٨٩ والليبى فى مادته ٨٤٤.

وتنص المادة ١/١٠٧١ عراقى على أن للشركاء إذا لم يكن بينهم محجور

عليه أن يقتسموا المال الشائع قسمة رضائية بالطريقة التى يرونها. وتنص المادة ٩٤١ من تقنين الموجبات والعقود اللبنانى على أنه فى جميع الأحوال الداعية إلى قسمة الأموال المشتركة يجوز للشركاء المالكين حق التصرف فى حقوقهم أن يشرعوا فى القسمة على الطريقة التى يرونها مناسبة بشرط أن يتفقوا عليها بالإجماع.

وغنى عن البيان أن القسمة فى الفقهين إذا وقعت بين الشركاء باتفاقهم وكان فيهم من هو ناقص الأهلية ثم لم تظفر هذه القسمة بالتصديق عليها من المحكمة المختصة أو كانت قضائية ورفضت المحكمة التصديق عليها فإن من ارتضاها من كاملى الأهلية من الشركاء يظلون مقيدين بها دون أن يكون لهم حق التحلل منها؛ استنادا إلى عدم تصديق المحكمة، ذلك لأن تصديق المحكمة إنما لزم لمصلحة ناقص الأهلية فلا يستفيد من عدمه غيره كما أنها إذا كانت اتفاقية لاتتم إلا باتفاق جميع الشركاء فإذا ارتضاها بعضهم دون بعض لم ينته بها الشيوع ولكن يقيد برضائه من وافق عليها حتى إذا وافق عليها الباقى بعد ذلك تمت وانتهى بها الشيوع.

القسمة القضائية:

لأى شريك يريد الخروج من الشيوع إذا لم يوفق إلى قسمة رضائية يتفق عليها جميع الشركاء أن يلجأ إلى القضاء لإجراء قسمة هذا المال. ذلك حكم عام فى الفقهين وقد نص عليه فى المواد ٨٣٦ مدنى مصرى، ١/٧٩٠ مدنى سورى، ٨٤٥ مدنى ليبى، ١/١٠٧٢ مدنى عراقى، ٩٤٢ لبنانى. ويتضح من الرجوع إلى هذه المواد أنه إذا اختلف الشركاء فى قسمة المال المشترك جبت القسمة القضائية،وأنه إذا كان بين الشركاء ناقص الأهلية أو غائب فإن من البلاد العربية من يجيز القسمة الاتفاقية بشرط مراعاة الإجراءات التى نص عليها القانون ومنها مصر. ومن هذه البلاد مايوجب أن تكون القسمة فى هذه الحال قضائية، والفقه الإسلامى لايشترط ذلك.

تدخل الدائنين للشركاء فى القسمة: وليس لدائن الشريك حق المعارضة ولا حق التدخل فى قسمة المال المشترك عند الفقهاء، لأن حقه متعلق بذمة المدينين لا بأموالهم. وخالف فى ذلك التشريع الوضعى؛ فقد نص فى المادة ٨٤٢ مدنى

مصرى على أن لدائنى كل شريك أن يعارضوا فى أن تتم القسمة عينا أو أن يباع المال بالمزاد بغير تدخلهم. ومثل ذلك جاء فى القانون الليبى م٨٤٦ والقانون السورى.

ويترتب على ذلك أن على الشركاء أن يدعوا من عارض من الدائنين إلى جميع الإجراءات وإلا كانت القسمة غير نافذة فى حقهم. ويجب أن توجه هذه المعارضة إلى جميع الشركاء. ويترتب عليها إلزام الشركاء بإدخال من عارض فى جميع إجراءات القسمة وإلا كانت غير نافذة فى حقهم. وحكمة ذلك حماية الدائنين من تواطؤ الشركاء تواطؤا يضر بهم كأن يتفقوا على اختصاص شريك مدين منهم بحصة تقل عن حقه ثم يكمل نصيبه فيما بينهم بنقود لايستطيع الدائنون الوصول إليها ونحو ذلك.

ثبوت الخيارات فى القسمة:

إذا تمت القسمة وتعين لكل شريك نصيبه بالقرعة أو بالرضا فقد لزمت، فلا يجوز لأحد الشركاء أن يستقل بنقضها ويعدل عنها إلا إذا أثبت غبنا أو خطأ لعدم صحتها فى هذه الحال.

ولما فى القسمة من معنى المعاوضة فى الأحوال التى بيناها ثبت فيها الخيارات، فإذا كانت قسمة جمع فى أجناس مختلفة مثلية أو قيمية ثبت فيها خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب، وكذلك فى قسمة القيمى من جنس واحد سواء أكانت بتجزئة آحاده أم بعدم تجزئتها على الصحيح من المذهب.

أما فى قسمة المثلى من جنس واحد فلا يثبت فيها إلا خيار العيب، وذلك لاشتراط السلامة والعدالة فيها، وإنما تثبت الخيارات فى القسمة بالتراضى لا فى القسمة القضائية، وجاء فى البدائع أن الرد بخيار الرؤية والشرط إنما يثبت عندما تكون القسمة بالتراضى أما إذا كانت بالقضاء فلا . إذ لا محل لاشتراط الخيار فى أمر يقضى به القاضى لما أن القضاء ملزم، وكذلك لامحل لخيار الرؤية فيه لنفس السبب إذ إن لزوم القضاء ينفيه.

شروطها: يشترط فى المال المقسوم ما يأتى:

(١) أن يكون عينا فلا تصح قسمة الديون فى الذمم؛ ذلك لأن الدين

وصف اعتبـاري في ذمة المدين لايتصور فـيه الإفراز ولا التمـييز إذ إن التمـييز أو الإفراز إنما يتحقق بأن يصير نصيب كل شريك في حيـز مـستقل وفي وجهة مستقلة غيـر جهات الأنصبـاء الأخرى؛ وذلك لايتصـور إلا في الأعيان لأنه فـعل حسي لايكون إلا في المحســوس، ولايتصور في الدين لأنه عدم في الحـقيقة ولايتـصور تميز ولا انقسام في المعدوم وإنما أعطى الديـن حكم الموجود للحاجة ولا حاجة في القسمة إذ يمكن مباشرتها في الديون بعد الوفاء. وعلى ذلك فإن القسـمة لاتتم إلا بالقبض، وقبض مـافي الذمة غير متـصور لأنه وصف اعتباري ـ ولأن فيـها معنى التمليك علـى ما بينا وتمليك الدين لغيـر من عليه الدين غـير جائز، كـما أن بيع الدين بالدين محظور.

ولأنه إذا كان شاغـلا لذمم متعددة عند تعـدد المدينين لاتتحقق فـيه المساواة لتفاوت الذمم ملاءة وثقة فقـد يتوى بعض الدين في ذمة من الذمم ولايتوى بعضه في ذمة أخرى فيتضرر من كان التاوي من حظه.

وعلى ذلك إذا كـان الدين لاثنين لدى مـدينين لم يجـز اتفاقـهمـا على أن يختص كل واحد منهما بدين معين منهما بل يكون كل ما يستوفيه أحدهما مشتركا بينهما.

وذهب الحسن وإسـحق إلى جواز قـسمـة الدين قبل قبضــه إذا كان في ذمم متـعددة، وليس يمنع من ذلك اخـتلافهـا في الملاءة والثقة كـما لايمنع اخـتلاف الأعيـان في القيـمة من قـسمتـها، وإلى هذا القـول ذهب بعض الحنابلة، ولكن الصحيح في المذهب عدم الجواز.

وبناء على ذلك يكون مايقـضبه كل شريك من الدين المـشترك مشتـركا بين جميع الدائنين فلكل منهـم أن يرجع فيه بحصته منه ولا يسـتقل به القابض إلا إذا رضي بذلك جمـيع الشركاء؛ وسـواء في ذلك الدين الحال والدين المؤجل؛ إذ إن المؤجل يصير حالا بأدائه فلا يختص به أحد الشركاء عند أدائه.

وعلى ذلك إذا دفع المدين جميـع الدين إلى أحد الشركاء لم تبرأ ذمـته بهذا الدفع إلا من حصة القـابض، إذ لا ولاية له إلا في قبض حصته. ولذا كـان غير القابض من الشركـاء بالخيار، إن شاء رجع على القـابض بحصته فـيما قبض وإن شاء ترك ذلك ورجع على المدين بحصته من الدين.

(٢) أن يكون المال المقسوم مشتركا بين جميع الشركاء حين القسمة ولا ملك لغيرهم فيه، وعلى ذلك تكون قسمة الغاصبين لما اشتركوا فى غصبه غير صحيحة.

وإذا قسم المال فظهر بعد قسمته مستحق له فإن استحقه أو استحق بعضا شائعا فى جميعه بطلت القسمة اتفاقًا، وإن استحق جزءا شائعًا فى أحد الأنصباء فكذلك الحكم عند أبى يوسف لفوات معنى الإفراز بذلك - وقال الإمام: يخير من استحق بعض نصيبه بين المطالبة بفسخ القسمة ثم يقسم المال مرة أخرى، وبين الرجوع على شركائه الآخرين بقسط كل منهم فيما استحق، وفائدة ذلك احتفاظه بما فى يده.

وإن استُحِق جزء معين فى أحد الأنصباء أو فيها كلها لم تفسخ اتفاقًا، ولكن يرجع من استحق جزء من نصيبه على الباقين بقدر ما تتعادل به القسمة وتصح.

وقد نصت المادة ٨٤٤ مدنى مصرى فى هذا الصدد على:

(١) أن يضمن المتقاسمون بعضهم لبعض ما قد يقع من تعرض أو استحقاق بسبب سابق على القسمة - ويكون كل منهم ملزما بنسبة حصته أن يعوض مستحق الضمان منهم على الضمان منهم على أساس تقدير الشيء بقيمته وقت القسمة فإذا كان أحد المتقاسمين معسرا وزع القدر الذى يلزمه على مستحق الضمان وجميع المتقاسمين غير المعسرين.

(٢) ولامحل للضمان إذا كان هناك اتفاق سابق صريح يقضى بالإعفاء منه فى الحالة الخاصة التى نشأ عنها، كما يمتنع الضمان أيضًا إذا كان الاستحقاق راجعًا إلى خطأ المتقاسم مستحق الضمان نفسه.

وبمثل هذه الأحكام جاءت المادة ٧٩٨ مدنى سورى، ٨٤٨ مدنى ليبى، وتطابق الفقرة الأولى فى المادة السابقة المادة ١٠٧٦ مدنى عراقى. أما الفقرة الثانية فلا مقابل لها فى القانون العراقى - وجاء فى التقنين اللبنانى النص على هذا الضمان إذا كان لسبب سابق على القسمة طبقًا للأحكام الموضوعة فى البيع.

وهذا الضمان مؤسس على وجوب تحقيق المساواة بين المتقاسمين، إذ لو اختص شريك بعين معينة ثم استحقت بأن حكم بها لأجنبى فإنه يظهر بذلك أنه لم يحصل على نصيبه بينما حصل أصحابه على أكثر من أنصبائهم فى المال المشترك. ولا يشمل الضمان مايظهر فى أحد الأنصباء من العيوب الخفية، إذ مآل ذلك إلى ظهور غبن فى القسمة وله أحكامه الخاصة. وهذا ما أخذ به فى التقنين المصرى والسورى والليبى والعراقى خلافا للتقنين اللبنانى لمجىء النص فيه عاما شاملا.

وإذا انفرد بعض الشركاء بقسمة المال المشترك وأغفلوا شريكا معهم لم يكن ذلك من متناول الضمان وإنما يكون أثره بطلان القسمة.

ويتبين من المادة ٨٤٤ مدنى مصرى - والمواد المطابقة لها فى القوانين العربية الأخرى - أنه يشترط لتحقق الضمان ما يأتى:

(أ) أن يكون التعرض أو الاستحقاق لسبب سابق على القسمة فى الوجود.

(ب) ألا يكون راجعًا إلى خطأ مستحق الضمان نفسه، كما لو أهمل أن يطلب تدخل شركائه فى دعوى الاستحقاق المرفوعة عليه وكانت لديهم الوسيلة لدفع هذه الدعوى.

(حـ) ألا يكون هناك اتفاق صريح يقضى بالإعفاء من الضمان فى الحال الخاصة التى نشأ عنها الاستحقاق أو التعرض فلا يكفى اشتراط عدم الضمان بصفة عامة، غير أن هذا الشرط لم يلتزم إلا فى القانون المصرى والسورى والليبى دون العراقى واللبنانى.

وبناء على ماذكر لايترتب على التعرض أو الاستحقاق فى أية حالة من أحوالها بطلان القسمة، وهو الأثر الذى ذهب إليه الفقه الإسلامى فى بعض الأحوال، وإنما يترتب على ذلك إلزام المتقاسمين كل بنسبة حصته بتعويض المتقاسم مستحق الضمان بأن يوزع على جميع المتقاسمين بما فيه المستحق له، وإذا كان فيهم معسر اعتبر معدوما ووزع الضمان على غيره، وتراعى قسمة المال المشترك وقت قسمته.

وإذا قسم الورثة بينهم تركة مورثهم ثم ظهر عليها دين بطلت القسمة إلا إذا أوفوا الدائن دينه أو تنازل الدائن عنه أو تركوا من التركة مايفى بدينه من غير

وذلك بسبب أن الدين يحول دون تملك الورثة للتركة حتى يسدد. وكذلك الحكم إذا ظهر فى التركة موصى له بجزء شائع فيها كلها أو بوصية مرسلة لأن الموصى له مالك فكان شريكا للورثة فى التركة والشرط فيها حضور جميع الشركاء.

ويشترط فى القسمة مايأتى:

(١) ألا تفوت بها منفعة الشركاء فإن فاتت بها منفعتهم جميعا لم يجز للقاضى أن يجبرهم عليها، كأن يكون المال المشترك آلة أو حيوانا ولكن إذا رضوا جميعا بالقسمة جاز لهم أن يقتسموا - إذ المال مالهم - وإذا فاتت بها منفعته فذلك شأنهم، وإن فات بها منفعة أحدهم فقد اختلف فى ذلك فقهاء الحنفية: فمنهم من ذهب إلى أن القاضى يجبر عليها إذا طلبها من لاتفوت منفعته وفى قسمة المال منفعة له فلا يضار فى ذلك بسبب غيره. ومنهم من قال إنما يجبر القاضى عليها إذا طلبها من تفوت منفعته؛ لأن فوات منفعته برضاء ولايصح أن يضار بطلب غيره كما فى الحال السابقة، ومنهم من ذهب إلى أن القاضى يجبر عليها بطلب أحدهما، وقد تقدم هذا.

(٢) أن تكون عادلة فإذا ظهر فيها غبن فإن كان يسيرا لم يلتفت إليه. إن كان فاحشا نقضت إذا كانت بقضاء القاضى؛لأن قضاء القاضى مقيد بالعدل وإن كان بالتراضى لم يسمع قول مدعيه عند بعض الفقهاء لسبق رضاه ولتناقضه بناء على ذلك. والأصح أنها تفسخ فى الحالين لعدم توافر شرط العدالة فيها.

وفى بيان اليسير والفاحش عدة أقوال: منها أن اليسير مايدخل تحت تقويم المقومين، والفاحش ماعداه. فإذا كان فى بعض الأنصباء غبن هو محل اتفاق أهل الخبرة بحيث لايختلفون فى تحققه كان فاحشا وإن اختلفوا كان يسيرا - ومنها أن اليسير مايتجاوز الخمس بالنظر إلى القيمة والفاحش مازاد على ذلك. وهناك أقوال أخرى فى بيانهما. وخير الآراء هو الرأى الأول وعليه الفتوى.

وقد ذهب التشريع الوضعى إلى جواز نقض القسمة بسبب الغبن فيها، فقد نص فى المادة ٨٤٥ مدنى على أنه يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن يزيد على الخمس على أن تكون العبرة فى التقدير بقيمة الشىء وقت القسمة، ويجب أن ترفع الدعوى بطلب نقضها خلال

السنة التالية للقسمة وللمدعى عليه أن يقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا مما نقص من حصته. وجاء مثل ذلك فى المادة ٧٩٩ مدنى سورى، والمادة ٨٤٩ مدنى ليبى.

وتنص المادة ١٠٧٧ مدنى عراقى على أنه يجوز نقض القسمة الحاصلة بالتراضى إذا أثبت أحد المتقاسمين أنه قد لحقه منها غبن فاحش، ولاتسمع الدعوى بذلك بعد مرور ستة أشهر من انتهاء القسمة، وللمدعى عليه أن يوقف سيرها ويمنع القسمة من جديد إذا أكمل للمدعى نقدا أو عينا مانقص من حصته ـ ويعتبر الغبن فاحشا متى زاد على قدر ربع العشر فى الدراهم ونصف العشر فى العروض والعشر فى الحيوانات والخمس فى العقار ـ وما ذهبت إليه هذه المادة فى تقدير الغبن الفاحش قول من أقوال فقهاء الحنفية.

وكذلك أجاز التقنين اللبنانى نقض القسمة مطلقا بسبب الغلط أو الإكراه أو الخدع أو الغبن مادة ٩٤٧ من تقنين الموجبات والعقود، كما نص فى المادة ٩٤٩ منه على عدم قبول الدعوى بذلك بعد انقضاء السنة التى تلى القسمة.

ويلاحظ أن نقض القسمة بسبب الغبن قد اقتصر فيه على القسمة الرضائية فيما عدا التشريع اللبنانى؛ وذلك بناء على أن القسمة القضائية قد اتخذت فيها كل الاحتياطات لمنع الغبن فيها، ولايسرى هذا الحكم على المهايأة بل تخضع للقواعد العامة للعقود.

(٣) هذا ولابد من حضور جميع الشركاء فى القسمة بالتراضى كما قدمنا وحضور من يمثل الغائب أو القاصر منهم، أما فى القسمة بالقضاء فالشرط فيها أن تكون بطلب أحدهم.

هذا وقد ذكرنا أن القاضى لايجبر علي القسمة إلا إذا كان انتفاع كل شريك بحظه بعدها انتفاعه به قبلها، وقد ذكرنا الخلاف فى ذلك عند الحنفية. ويرى الحنابلة أن للقاضى أن يبيع المال المشترك فى هذه الحال ويقسم ثمنه بين الشركاء منعا للضرر وذلك مايقضى ببيع المال المشترك وقسمة ثمنه بين الشركاء فى كل حال لاتمكن فيها القسمة، ولاتقبل فيها المهايأة، إذ لا ضرر ولا ضرار، وقد سبق القول فى ذلك.

المهايأة

هى عبارة عن قسمة منافع المال المشترك على وجه يضمن لكل شريك وصول حقه إليه فى منافعه، وإنما تكون فى المنافع لا فى الأعيان فلا تجوز فى ثمار الأشجار ولا فى ولد الحيوان ولا فى لبنه ولا صوفه بل سبيل ذلك القسمة العينية. وعلى ذلك لاتجوز المهايأة فى بستان مشترك بين اثنين مثلا على أن يعطى لأحدهما مدة معينة من الزمن يكون له فيها ثمار أشجاره ويعطى للآخر مدة أخرى يكون له فيها ثماره، ولا أن يعطى أحدهما جانبا منه ليكون له ثماره ويعطى الآخر الجانب الآخر لذلك؛ لما فى ذلك من الضرر؛ فقد لايحصل أحدهما فى مدته أو من جانبه الذى أعطى له على شىء من الثمار.

والمهايأة نوعان: زمانية ومكانية، فالزمانية. أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك أزمانا بحسب حصصهم فيه فإذا كانت دار مشتركة بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها، وصح أن يتفقوا على أن يسكن صاحب الثلث شهرا وصاحب الثلثين شهرين وهكذا.

والمكانية: أن يتبادل الشركاء منافع المال المشترك بقسمته بينهم قسمة مؤقتة فإذا كان المال المشترك أرضا زراعية بين اثنين لأحدهما ثلثها وللآخر ثلثاها جاز أن يتفقا على أن يأخذ صاحب الثلث ثلثا معينا منها ليزرعه ويأخذ الآخر باقيها،وإذا كان المال المشترك بينهما دارا ذات طبقتين جار أن يتفقا على أن يأخذ كل منهما طبقة معينة منهما لينتفع بها. ولابد فى الزمانية من تعيين المدة لأنها معيار الانتفاع بخلاف المكانية.

وقد جاء بيان المهايأة المكانية فى الفقرة الأولى من المادة ٨٤٦ مدنى مصرى فنص فيها على أنه فى قسمة المهايأة يتفق الشركاء على أن يختص كل منهم بمنفعة جزء مفرز يوازى حصته فى المال الشائع متنازلا لشركائه فى مقابل ذلك عن الانتفاع بباقى الأجزاء. ولايصح هذا الاتفاق لمدة تزيد على خمس سنين فإذا لم تشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد كانت مدتها سنة واحدة تتجدد إذا لم يعلن الشريك إلى شركائه قبل انتهاء السنة الجارية بثلاثة أشهر أنه لايرغب فى التجديد ـ وقد جاء مثل هذا النص فى المادة ٨٠٠ فقرة أولى مدنى سورى والمادة ٨٥٠ مدنى ليبى والمادة ١٠٧٨ فقرة أولى مدنى عراقى.

وعلى هذا يرى أن التـشريع الوضـعى خالف الفـقه الإسلامـى فأوجب أن تكون المهايأة المكانية محـددة المدة على الوضع الذى بين فى المواد السابقة، ثم نص على أنه إذا لم يشترط لها مدة أو انتهت المدة المتفق عليها ولم يحصل اتفاق جديد وظلت تتجدد سنة بعد أخرى حتى دامت خمس عشرة سنة فإنها تتحول إلى قسمة نهائيـة مالم يتفق الشـركاء على غيـر ذلك، وهذا الحكم الأخير انفـرد به القانون المصرى فقرة ثانية مادة ٨٤٦ والقانونى السورى مادة ٨٠٠.

والحكمة فى ذلك كما جاء فى المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المصرى أنها إذا دامت خمس عشرة سنة دون رغـبة فى إنهائها من أى شريك كانت خيـر قسمة يلجأ إليهـا مع الاطمئنان، وعلى هذا يكون تحولها بقـوة القانون إلى قسمـة نهائية ومن ثم لاتقبل النقض بسبب الغبن ولايمنع من هذا التحول وجود شريك قاصر.

وجاء بيان المهـايأة الزمانية فى المادة ٨٤٧ مدنى مصـرى إذ أفادت أنها تكون باتفاق الشركاء على أن يتناوبوا الانتفـاع بجميع المال المشترك كل منهم لمدة تتناسب مع حصته، ومثل ذلك جـاء فى المادة ٨٠٠ مدنى سورى والمادة ٨٥١ مدنى ليبى، والمادة ١٠٧٨/ ٢ مدنى عـراقى - ويلاحظ أن التقنين اللـيبى لم يرد فيـه تنظيم فى هذا الموضوع كما لايوجد له نظير فى التقنينات الأجنبية [١].

ويرى التشريع الوضعى أن كل شريك فى قسمة المهايأة يعتبر مؤجراً للشريك الآخر ومـستأجـراً منه لأنها تبـادل فى المنافع؛ ولذا كانت خـاضعة لأحكام عـقد الإيجار. إذ نص فى المادة ٨٤٨ مـدنى مصرى علـى أنها تخضع من حـيث جواز الاحتجاج بها على الغير، ومن حيث أهلية المتقاسمين وحقوقهم والتزاماتهم وطرق الإثبات لأحـكام عقد الإيـجار مادامت هذه الأحـكام لاتتعـارض مع طبيـعة هذه القسْمة. وهذه المادة تطابقها المادة ٨٠٢ مدنى سورى والمادة ٨٥٢ مدنى ليبى، كما نص فى المادة ١٠٧٩ مـدنى عـراقى على أن المهـايأة تخـضع من حـيث الأهليـة للمـتهايئـين وحقوقـهم والتزامـاتهم لأحكام عقـد الإيجار مـادامت هذه الأحكام لاتتعارض وطبيعة المهايأة.

---

(١) الملكية للدكتور الصدة.

وبناء على هذا تكون ملزمة للمتهايئين لايجوز لأحدهم العدول عنها ويكون لهم من الحقوق ما للمستأجرين بمقتضى القانون مادامت لاتتنافى مع طبيعة المهايأة.

والمهايأة فى الحالين عقد معاوضة بين منافع المال المشترك، وإذا كان بالتراضى بين الشركاء كان غير لازم فلكل منهم أن يعدل عنه ويفسخه أما إذا كانت بقضاء القاضى عند عدم إمكان القسمة كانت لازمة لم يجز فسخها إلا باتفاقهما أو بقضاء القاضى إذا ما أريد قسمة المال بواسطة بيعه وقسمة ثمنه ـ ولا تبطل المهايأة بموت أحد الشركاء إذ لا فائدة من ذلك إذ لو بطلت لأعادها القاضى مرة أخرى.

وإذا طلب أحد الشركاء المهايأة وطلب غيره القسمة قدم طلب القسمة إذا أمكنت لأنها أقوى فإذا لم تمكن أجبر آبى القسمة عليها.

ويجبر القاضى عليها إذا طلبها أحد الشركاء فى الجنس الواحد من الأعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا كما فى الثياب والأراضى ـ هندية جـ٣ ص٢٢٩ وذكر شمس الأئمة السرخسى أن القاضى يجبر على التهايؤ على الأظهر.

وفى المهايأة المكانية يجوز لكل شريك أن ينتفع بنفسه وأن ينتفع بواسطة غيره فيعير ويؤجر. أما فى الزمانية فلا خلاف عند الحنفية فى أن ليس لأحدهما إلا أن ينتفع بنفسه إذا لم يكن شرط بأن له أن يستغل فإن اشترطا جواز الاستغلال فقد ذكر القدورى أنه شرط باطل لايترتب عليه أثر. وذهب بعض الفقهاء إلى أنه شرط جائز فيها [1].

(١) البدائع للكاسانى، جـ ٧ ص١٧ ـ٣٣.

الملكية الشائعة المستمرة

من حالات الملكية الشائعة حالة يجب لها بقاؤها على الشيوع، فلا يجوز طلب القسمة فيها. وهى حالة المال المشترك الذى وجد ليؤدى منافع مشتركة، وكان ذلك هو الغرض من وجوده والاشتراك فيه، وجاء فى هذا المعنى نص المادة ٨٠٥ مدنى سورى والمادة ٨٥٤ ليبى والمادة ١٠٨١ عراقى، وتشمل هذه الحال الشيوع فى الحائط المشترك والأجزاء المشتركة فى الدور المقسمة إلى طبقات لكل طبقة منها مالك، كالسلم ونحوه والمروى الخاص المملوك لعدة ملاك ومخصصا لرى أراضيهم، وحالة القناطر والممرات الخاصة المملوكة لأربابها ومخصصة لخدمة عقاراتهم ـ وغني عن البيان أن عدم قبولها للقسمة مرده إلى أن الانتفاع به لايتيسر ولايتحقق إلا مع بقائه على الشيوع ـ وكان لكل شريك أن ينتفع به مراعيا فى ذلك عدم الإضرار بحقوق الشركاء الآخرين. وبصفة عامة يحق لكل شريك أن يستعمل هذا المال المشترك كما لو كان مملوكا له ملكية خالصة بشرط ألا يترتب على هذا الاستعمال تعديل فى الغرض الذى خصص له المال المشترك أو إضرار بحقوق الشركاء الآخرين، وألا يستعمله فى خدمة عقارات أخرى غير التى خصص لخدمتها.

وغنى عن البيان أن مايتطلبه هذا المال من النفقات يلتزم به الشركاء فيه كل بنسبة حصته فيه، ولكل منهم الحق فى أن يتخذ من الوسائل مايلزم لحفظه وصيانته. وليس من هذا المال مايحتاج إلى تفصيل القول فيه: كالجدار المشترك والسلم المشترك من ناحية عمارتهما وتجديدهما وإعادتهما. ولذا نفصل أحكامهما فيما يلى:

أحكام الجدار المشترك: سبق الكلام عليه فى الملكية الشائعة فى الأعيان بما فيه الكفاية.

ملكية الأسرة: يحدث كثيراً أن يرى ورثة شخص بعد وفاته بقاءهم على الوضع الذى كانوا عليه فى حياته فيظل المال الموروث على حاله مملوكا لهم على الشيوع يقومون على إدارته واستغلاله وتنميته وتقوم على غلاته معايشهم. وقد رأى الشارع المصرى والسورى والليبى أن هذا الوضع جدير بالتنظيم استجابة لداعى المصلحة، فاستحدث فى قوانين مصر وسوريا وليبيا نظام ملكية الأسرة: وهو نظام وضعى أساسه الملكية الشائعة العادية، وقد روعى فيه مابين أفراد الأسرة من ترابط ومالها من عادات، وهو من الناحية الفقهية لايعدو أن يكون حالة من حالات

الشيوع العادية قيدت بقيود وضعية اقتضتها المصلحة؛ ولذا فليس لهذا النظام وجود فى الفقه الإسلامى وليس له أحكام خاصة.

ملكية الطبقات: يتناول الكلام فى هذا الموضوع ثلاث مسائل:

(١) حقوق الملاك والتزاماتهم بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة.

(٢) إدارة الأجزاء المشتركة.

(٣) أحكام الملكية المفرزة للطبقة ـ فأما أحكام الملكية المفرزة للطبقة فقد سبق الكلام عليها عند كلامنا على أحكام العلو والسفل فى الجزء الأول ١١٢ ومابعدها وإذا ففيما يلى الكلام على أحكام الموضوعين الآخرين.

(أ) حقوق الملاك والتزامهم بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة.

ترد الملكية الشائعة فى الدار المكونة من طبقات مملوكة لشركاء متعددين لكل طبقة ـ على الأجزاء المشتركة المعدة لمنفعة جميع الطبقات ولاستعمال جميع الملاك ولم تكن العمارة ـ فيما سلف من الزمن ـ قد تطورت إلى الصورة الحاضرة؛ ولذا لم يتعرض الفقهاء لما تعرضت له القوانين الآن بالنسبة إلى الأجزاء المشتركة المعدة لخدمة الطبقات وملاكها.

وعلى الجملة فإن هذه الأجزاء المشتركة وقد أصبحت مملوكة لأرباب الطبقات لغرض خاص مشترك فإن القواعد العامة لتنظيم الملكية الشائعة الخاصة بالممرات الخصوصية المملوكة ونحوها تنطبق على هذه الأجزاء، ويكون الانتفاع بها خاضعا للقاعدة العامة التى تقضى بأن يكون انتفاع كل شريك فى حدود الغرض الذى أعدت له هذه الأجزاء، وألا يترتب عليه ضرر بالشركاء الآخرين، وألا ينتفع به فى خدمة عقار آخر غير ماخصصت له هذه الأجزاء.

وقد تعرض القانون المدنى المصرى لهذا الموضوع فى الفقرة الأولى من المادة ٨٥٦ إذ جاء فيها «أنه إذا تعدد ملاك طبقات الدار أو شققها المختلفة فإنهم يعدون شركاء فى ملكية الأرض المقام عليها البناء، وملكية أجزاء البناء المعدة للاستعمال المشترك بين الجميع. وبوجه خاص الأساسات والجدران الرئيسية والمداخل والأحنية والأسطح والمصاعد والممرات والدهاليز وقواعد الأرضيات وكل الأنابيب إلا ماكان منها داخل الطبقة أو الشقة، وكل هذا مالم يوجد مايخالفه فى سندات الملك، وهذا يطابق ماجاء فى المادة ٨١١ فقرة أولى مدنى سورى، والمادة ٨٦٠ فقرة أولى مدنى ليبى مع إضافة السلالم.

ومعلوم أن هـذا التعداد جـاء على سبـيل المثال، وبمقـتضى مـاذكر لاتكون الجدران الخاصـة بالطبقة من الأجزاء المشـتركة وتكون الحوائط الفاصـلة بين شقتين مشتـركة الملكية بين أصـحاب هاتين الشقتين، كـما يلاحظ أن الفقـهاء قد رأوا أن سقف الطبقـات السفلى تكون ملكا لأصحابها، وليس لأرباب الطبـقات العليا إلا حق الارتفاق عليـها، وليس لأى مالك إحـداث أى تعديل فى هذه الأجزاء بغـير موافقة جميع الملاك إلا إذا توافرت شروط أربعة:

١ ـ أن يكون التعديل على نفقته الخاصة.

٢ ـ أن يكون من شأنه تيسير استعمال تلك الأجزاء.

٣ ـ ألا يغير من تخصيصها.

٤ ـ ألا يلحق ضررًا بالملاك الآخرين (مادة ٨٥٧ فقرة أولى مدنى مصرى).

وما تتطلبه هذه الأجزاء المشتركة من النفـقات يلزم به الملاك بنسبة قيمة الجزء الذى يملكه فى الدار. وهذا ماتقضى به أيضًا الفقرة الثانية من المادة ٨٥٦ مدنى مصرى.

(ب) إدارة الأجزاء المشتركة:

تقضى القـواعد الفقهـية بأن تكون إدارة هذه الأجزاء المشتـركة منوطة بإدارة ملاكهـا شأن كل ملك مع مالكه، فـإن شاءوا أداروها مجتمـعين وإن شاءوا وكلوا عنهم من يديرونها منهم أو من غيرهم.

ولكن الشارع المصرى والشـارع السورى والشارع الليبى اقتـبسوا هذه الإدارة نظاما من القانون الفرنسى حيث أجازوا لملاك الدار المقسمة إلى طبقات أو شقق أن يكونوا اتحادا فيما بينهم لإدارة الأجزاء المشتركة فى هذه الدار فقرة أولى مادة ٨٦٢ مدنى مصرى، وفقرة أولى ٨١٧ مدنى سورى، ومادة ٨٦٦ مدنى ليبى.

ويكون سلطان هذا الاتحـاد وولايته محـددة بما نص عليه فى عـقد تكوينه، وإذا لم يكون الاتحاد اعتبرت إدارة أغلبية الملاك مـحسوبة على أساس قيم الأنصباء وتكون هذه الإدارة ملزمـة للجميع بشـرط أن يدعى جمـيع ذوى الشأن فى ذلك بكتاب موصى عليه مادة ٨٦٤ مدنى مصرى.

ذلك إلى ماجاء بشأن ذلك بهذا القانون وفى القانون المدني الليبى، والقانون المدنى السوري، وهذا النظام يتـفق مع ماتقضى به الشريعة الإسـلامية؛ إذ إن هذا الاتحاد إذا ماكان بمـوافقة جميع الملاك لايعدو أن يكون وكـيلا عنهم فيكون له من الحقوق مالهم.

أسباب كسب الملكية

بينا فيما سبق ما يدل عليه اسم الملكية في عرف الشرعين، وما يدل عليه في عرف رجال القانون، وأنه في عرف الشرعيين ينبئ عن الاختصاص الحاجز سواء أكان في عين أم في منفعة أو حق، وأنه في عرف رجال القانون يقوم على عناصر ثلاثة : الاستعمال والاستغلال والتصرف، وأنه لا يكون إلا في الأعيان المشخصة، وأن المنافع والحقوق لا تصلح محلا له في اصطلاحهم، ومن ثم كان الكلام في أسباب الملك مختلفا تبعا لاختلاف محله ومعناه، فعند رجال القانون يقتصر على بيان أسباب ملك الأعيان فقط، وبناء على ذلك يشترك الفقهان الشرعي والوضعي في أسباب ملك الأعيان مع اختلاف قليل سنشير إليه عند بيانها -، وينفرد الفقه الإسلامي ببيان أسباب ملك المنافع والحقوق باعتبارها أسبابا لهذا النوع من الملك وإن تعرض لها الفقه الوضعي باعتبارها قانونية تنشأ عنها آثار أخرى لا تسمى في عرفه ملكا، وقد تسمى في كثير من أحوالها التزاما أو دينا كما سيأتي تفصيله.

أسباب ملك الأعيان :

ملك العين قد يكون مسبوقا بملك فيها لأحد من الناس وقد يكون مبتدأ غير مسبوق بملك فيها لأحد، فإذا كان مبتدأ اقتصر سببه على الاستيلاء عليها، أي على سبق يد من استولى عليها، فإذا سبقت يد أحد بالاستيلاء عليها ملكها وإن كان مسبوقا كان الملك فيها امتدادا للملك السابق عليه، وذلك لانتقال ما كان ثابتا فيها من ملك من ذمة مالك إلى ذمة مالك آخر، ومن ثم كانت أسباب الملك في هذه الحالة أسبابا في واقع الأمر لانتقال الملك من مالك إلى آخر لإحداثه، وذلك يكون بالوراثة؛ إذ ينتقل ملك المتوفى في العين بموته إلى ورثته، وبالوصية إذ ينتقل ملك الموصي في العين الموصى بها عند وفاته بموجب وصيته إلى الموصى له به، وبالشفعة إذ ينتقل بها ملك العين المشفوع فيها في ذمة المشفوع ضده إلى ذمة الشفيع، وبالعقد إذ ينتقل به ملك مالك العين إلى من تعاقد معه، وكذلك الوضع في الالتصاق والحيازة على ما سيأتي بيانه فيما بعد. وإذا كان الملك المسبوق لايعتبر ملكا ناشئا بل امتدادا للملك السابق عليه فإن النتيجة لذلك أنه يعتبر امتدادا للملك الأول الثابت بالاستيلاء.

الاستيلاء :

يلاحظ في أساليب رجال القانون أنهم يستعملون لفظ استيلاء ولفظ حيازة وهما لفظان لا يكادان يختلفان معنى ودلالة في اللغة العربية، ففي القاموس المعجم الوسيط : استولى على الأمر ظهر عليه وتمكن منه وصار في يده وبلغ الغاية في ذلك، وحاز الشيء ضمه وملكه وجمعه كاحتيازه. وهذه المعاني متلاقية لا اختلاف بينها، والشرعيون يستعملون اللفظين استعمالا واحدا في وضع اليد على الشيء والظهور عليه مع التمكن منه، أما رجال القانون فإنهم يفرقون بين اللفظين في الاستعمال : فيستعملون لفظ استيلاء في وضع اليد على الشيء والتمكن منه مع النية في تملكه والظهور بهذا المظهر، ويستعملون لفظ الحيازة فيما يثبت للمستولى من سلطة وولاية على الشيء المستولى عليه بحيث يكون لها مظهر الملكية في مباشرة بعض آثارها، فهي عندهم أثر للاستيلاء ونتيجة له، ومن ثم اختلفت أحكامها على ما سيأتي بيانه. والأموال بالنظر إلى ما يكون للاستيلاء عليها من أثر فيها نوعان :

أموال مباحة، وأموال مملوكة.

فالمباحة هي التي تملك بالاستيلاء عليها فينشأ به الملك فيها لمن استولى عليها، أما المملوكة فالاستيلاء عليها أو حيازتها حق لمالكها، وأثر من آثار ملكه إياها، ولايكون لغير مالكها إلا عن طريقه.

ولما كانت جميع الأمور قد خلقها الله سبحانه وتعالى للناس لينتفعوا بها كانت مباحة لهم، قال تعالى ﴿**هو الذى خلق لكم ما فى الأرض جميعا**﴾ «البقرة» وكان لهم أن ينتفعوا بها، وذلك عن طريق استيلائهم عليها وتمكنهم منها على أوضاع وصور أدت في كثير من الأحوال إلى اختصاصهم بها والاستئثار بما فيها استئثارا سمى ملكا وامتلاكا، وعد المصدر والأساس لوجود الانتفاع وصوره. ومن ثم كان الاستيلاء سببا من أسباب الملك، وكان السبب الوحيد لتملك المال المباح، وكان الملك الناشئ به مصدر كل ملك وجد بعده.

فالمال المباح قبل الاستيلاء عليه لم يكن ملكا لأحد فإذا استولى عليه إنسان أصبح ملكا له ينتقل عنه إلى ورثته بعد وفاته، أو إلى من يملكه إياه بعقد من

العقـود أو بأى سبب من الأسباب الناقلة للملـك. وهذا ما اقتضـته طبيعـة الحياة الاجتماعية، وأقرته الشريعة الإسـلامية فيما أثر عن رسول الله ﷺ. فقد روى أن أسحر بن مفرس قال: « أتيت رسول الله ﷺ فبـايعته فقال: من سبق إلى ما لم يسبق إليه أحـد فهو له» قال: «فخرج الناس يتعـادون ويتخاطون» رواه أبو داود، «أى يسرعـون فى السير ويعـملون على الأرض علامات بالخطوط وهى مـا تسمى بالخطط واحدتها خطة» ليثبتوا سبق أيديهم على ما حازت من الأرض.

وعن جابر بن عبد الله قال: قال رسول الله ﷺ: « من أحاط حائطا على أرض فهى له» رواه أحمد وأبو داود. وفى رواية: «من أحيـا أرضا ميتة فهى له» رواه أحمد والترمذى وصححه.

والأرض الميتة هى التى لم تعـمر، شبهت عمارتها بالحـياة وتعطيلها بالموت، وإذا كان هذا هـو حكم العقار فـالمنقول به أولـى لكمال الحيـازة والاستـيلاء فـيه ولظهور الاستئثار به ظهورا لا يكون فى العقار.

وإنما يتحقق الاستيـلاء ويترتب عليه أثره وهو الملك إذا كان بفعل يؤدى إلى التمـكن ووضع اليد. فإذا لـم يكن فعل لم يتـحقق الاسـتيلاء ولـم يثـبت ملك. وعلى هذا لو حظر إنسان السـمك فى حظيرة فإن أمكن بذلك أخذه من غيـر صيد كان هذا استيلاء وتملكه بهذا الفعل، ولذا يجوز له بيعه على هذا الوضع. وإن لم يمكن أخذه من الحظيـرة إلا بصيده لم يملكه لأنه لايعد مـستوليا عليـه بوجوده فى الحظيرة على هذا الوضع. وكذلك الحكم فى سائر المباحات: كالطير إذا باضت أو فرخت فى أرض إنسـان فإنه لا يخرج بذلك عن إباحتـه ويكون لكل من سبق إلى أخذه سواء فى ذلك صاحب الأرض أو غيره.

ولايختلف الحكم إذا مـا كان صاحب الأرض قد أعد فـى أرضه وكرا لذلك فاحتله الطير دون عمل من صاحب الوكر.

ومن الفقـهاء المتأخـرين من ذهب إلى أن اتخاذ الوكر يعـد عملا يتـحقق به الاستيلاء فإذا حل فيه الصيد صار مملوكا لصاحب الوكر. ويقول صاحب البدائع: إن هذا الرأى غيـر سديد؛ لأن هذا لايعد أخـذا. والرسول ﷺ يقول: فـهو لمن أخذه ولأن الملك فى المبـاح إنما يثبت الاستـيلاء عليه، وإذا أخذه من الوكـر إنسان غير صاحب الوكر كان هو المستولى عليه دون صاحب الوكر.

وكذلـك الحكم فى صيـد التجـأ إلى أرض رجل أو إلى داره فلا يعـد ذلك استـيلاء من صـاحب الأرض أو الدار، ولذا لو أخذه من الأرض أو الـدار إنسان كان له. ولكن لو رد صاحب الدار عليه الباب بـعد التجائه ملكه، فذلك إن أمكنه أخذه من غيـر صيده؛ لتحقق الاسـتيلاء عليه بفعلـه مع إمكان أخذه، وكذلك لو نصب شبكة فتعقل فيهـا صيد على وضع ليس له خلاص منها فإنه يكون لصاحب الشبكة سواء كـان ملكا له أم لغيره. وكذلك من أرسل بازى إنسـان بغير إذنه على صيد فأخذه، أو أغرى كلبا لإنسان على صـيد فأخذه فإنه يكون للمرسل أو المغرى لالصاحب البـازى أو الكلب. ولكن لو نصب فسطاطا فالتـجأ إليه صـيد لم يملكه لأن نصب الفسطاط لم يكـن لهذا الغرض بل لغرض آخـر، فلم يكن نصبه عـملا يراد به الاستيلاء بخلاف نصب الشبكة[1].

ولو حفر حفرة فوقع فيها صيد فـإن كان قد حفرها ليجمع فيها الماء لم يملكه بوقوعه فيها وكان لمن أخذه منها، وإن حفرها للاصطياد ملكه بوقوعه فيها[2].

وعلى هذا لو ترك إنسـان طستا تحـت قبة السـماء فنزل فـيه المطر فـملأه لم يحرزه بذلك ولم يملكه، ولو وضعه لهذا الغرض أحرزه بذلك وملكه وكان له بيعه ومنعه.

وحاصل القول فى ذلك أن الاستيلاء المفيد للملك نوعان: حقيقى وحكمى. فالحقـيقى : يكون بوضع اليد فعلا أو بالقـوة كالأشجار المباحة تقطعـها، والأثمار فيها تجنيها، والماء تملأ منه إناءك، والصيـد تمسكه بيدك، فتملك كل ذلك للاستيلاء عليه استيلاء حـقيقيا. وكذلك إذا قصدت إلى الشجـرة المباحة أو إلى ثمرتها أو إلى الكلأ أو إلى صيد قد وقع فى حفرة وصـرت قريبا من هؤلاء بحيث لو مددت يدك إليه لأخذته فإنك تملكه لأنك قد استوليت عليه ووضعت يدك عليه بالقوة.

• أما الاستيـلاء الحكمى فإنه يكون باستعمال الآلات وتهـيئة المباح لأن توضع اليد عليه فعلا أو بالقـوة : كتجمع ماء المطر فى طست وضع على الأرض لذلك، أو فى حـفرة حفـرت لهذا الغـرض، وكتـعلق صيـد فى شبكـة نصبت، أو رمـية بمقذوف خرج به عن امتناعه وتأبده.

---

(1) البدائع ج ٦ ص ١٩٣ و ١٩٤ وخانية ج ٥ ص ٤١٨.

(2) هندية ج ٥ ص ١٤٧.

وترتب الملك على الاستيلاء الحقيقى لا يحتاج إلى نية وقصد، فهو سبب فعلى لا يشترط فى ترتب أثره عليه نية التملك، ولذا يعتبر من كل من يصدر منه ولو كان غير أهل للالتزام والإرادة كالمجنون والصغير الذى لا يميز. فإذا تناول أحدهما مالا مباحا تملكه بتناوله؛ لأن النية فى هذا النوع من الاستيلاء ليست شرطا.

أما الاستيلاء الحكمى فلا تترتب عليه الملكية إلا إذا قصد به الإحراز، فإن لم يقصد به الإحراز لم تترتب عليه ملكية، وذلك كما يرى فى ماء تجمع فى طست تحت قبة السماء لا لهذا الغرض، وفى حيوان التجأ إلى أرض شخص أو دار إنسان كما فى الفتاوى الخيرية.

ورأى مالك[1] والشافعى[2] وأحمد[3] كرأى الحنفية فى الاستيلاء الحقيقى، وللشافعى وأحمد روايتان فى الاستيلاء الحكمى إحداهما أنه كالحقيقى، والأخرى كرأى الحنفية.

فقد جاء فيما روى عنهما أن الاستيلاء الحكمى على الصيد إن كان بآلة من الآلاتالتى تستعمل فى العادة للصيد وتتخذ للاستيلاء عليه ترتب عليه الملك وإن لم يكن من المستولى نية التملك أو القصد إليه.

أما إذا تم الاستيلاء عليه بما لا يتخذ عادة لذلك لم يترتب عليه الملك على أصح القولين إلا إذا قصد به التملك فإن لم يقصد به التملك لم يملكه وإن صار به أحق من غيره عند الشافعى، وعلى هذا ففى الصيد يقع فى أرض إنسان وصار مقدورا عليه بسبب توحله أو انكسار عضو منه لم يملكه صاحب الأرض فى الأصح عند الشافعية والحنابلة، إذ لا يقصد بالأرض الاصطياد، ولو وقع فى شبكة، أعدت للصيد ملكه عندهم بمجرد وقوعه فيها لوجود القصد إلى الاصطياد[4].

(١) فتح الجليل جزء ١ ص ٥٨٥ وما بعدها.

(٢) نهاية المحتاج جزء ٨ ص ١١٧ وما بعدها.

(٣) جزء ٤ ص ١٢٨، ١٣٣ وما بعدها.

(٤) كشاف القناع جزء ٤ ص ١٣٣، ١٣٤، والمغنى جزء ١١ ص ٣٠، وقواعد ابن رجب ص ١٩٠، ونهاية المحتاج جزء ٥ ص ٣٢٦ وما بعدها - وجزء ٨ ص ١١٧، ١١٨.

أما المالكية[1] فقد جاء فى منح الجليل جزء ١ ص ٥٨٦ ما يفيد أن الاستيلاء الحكمى كالاستيلاء الحقيقى فى عدم اشتراط القصد فى إفادته الملك على ما ذهب إليه ابن رشد.

أما على ما ذهب إليه آخرون فإن القصد شرط فى التملك كرأى الحنفية، والرأى الأول رأى بعض الحنابلة ذكره ابن رجب فى قواعده ص١٩٠. والاستيلاء الحكمى - كما ذكرنا - يكون باستعمال الآلات، غير أن هذه الآلات، إذا كانت للصيد كان اقتناؤها واتخاذها واستعمالها دليلا على نية الصيد عادة؛ ولذا لم يشترط فى ترتب الملكية على الاستيلاء بها القصد إلى الإحراز، وإنما الشرط ألا يكون قد استعملها لغرض آخر إذا ما تعلق بها صيد.

ومن ثم قال الحنفية : إذا وضع الصائد شبكة للتجفيف فتعلق بها صيد لم يملكه بمجرد تعلقه بها؛ ذلك لأن عمله قصد به شيء آخر خلاف الإحراز، ولا يملكه إلا إذا حضر إليها فأمسك الصيد أو كان بحيث لو مد يده إليه لأخذه لوجود الاستيلاء الحقيقى حينئذ، ولكنه إذا كان قد وضعها بقصد الإحراز ففر الصيد أو بلا قصد فتعلق بها صيد ملكه من وقت تعلقه بها، وإن كان هذا الملك غير مستقر لاحتمال زواله بانتقاض الاستيلاء وذلك بتخلص الصيد من الشبكة وفراره.

وإذا استعمل آلات ليست للصيد فلا يترتب على الاستيلاء بوساطتها التملك إلا إذا قصد من استعمالها إحراز الصيد. ولذا جاء فى المبسوط : لو تكسر صيد فى أرض إنسان فصار لا يستطيع براحا أو رمى صيدا فوقع فى أرض رجل ولا يدرى من رماه فأخذه رجل آخر فهو للذى أخذه؛ لأنه قد أحرزه بأخذه ولم يوجد من صاحب الأرض إحراز - وإن عجز الصيد عن الطيران بما أصابه؛ لأن المباح يملك بالإحراز[2].

وعلى ذلك مسألة الحفرة يتردى فيها صيد وقد سبقت . . .

وجاء فى الهندية : إذا اتخذ النحل مكانا فى أرض رجل فعمل فيه، لم يملكه صاحب الأرض لعدم استيلائه عليه، ولكن يملك عسله لاستيلائه عليه

---

(١) فتح الجليل جزء ١ ص ٥٨٥.

(٢) المبسوط جزء ١١ ص ٢٥١.

استيلاء حكميا. ووجهـة ذلك أن عادة أصحاب الأراضي والزراع قد جرت باتخاذ كوارات النحل في أرضـهم لطلب عسله، وشـاع ذلك حتى صار العسـل كأنه من ثمـار الأرض ولأجله تطلب كمـا تطلب للزرع فـأصبحت بذلك كـأنها آلة لأخـذ العسل، فإذا وجد فيها العسل ملكه صاحبها لتحقق الاستيلاء الحكمي عليه ووجود النية حكما وهو اتخاذ الأرض عادة لجنى العسل(١).

الزيدية : ويرى الزيدية أن المباح يملك بالاستيلاء ولا يشتـرط في ذلك نية التـملك. ولذا يملك المجنون والصـبي باستـيلائه عـلى المباح. فـوقوع مـاء المطر واجتماعـه في قسط وضع للحفظ فوق سطح لا يصيـر به الماء مملوكا. وإذا أحرق شجرا في بقعة من فـلاة يريد احياءها ملكها بهذا الإحراق؛ لأنه استيـلاء «صحبته عمـارة الأرض» ومن البين أن مرجع ذلك إلى عرف جـرى عليه أهل هذه الأرض ولكنه إذا امتدت النار وانتـقلت بفعل الريح إلى قطعة أخرى فأحـرقت شجرها لم يملكها - «الأزهار جـزء ٣ ص ٣٢٣» وفيه أيضـا: لو سقى رجل أرضه فـتوحل: ظبي وخرج عن امتناعـه ملكه صاحب الأرض؛ لأنه يعد حائزا له حـينئذ ولوجود الفعل منه ولو كان ذلك نتيجة لتنفيره فالأقرب أنه لمالك الأرض لا لمن نفره. ومثل ذلك في الحكم الطيـر يدخل دار رجل لا يأخذه إلا بمحاولة ولا يمـكنه أن يطير إلا في الدار ولا يؤخذ إلا بمشـقة فإنه يكون له، ولو كانت الأرض مـستأجرة فـالطير للمستأجر.

أهل الظاهر : وجاء في المحلى لابن حزم أن كل من نصب فخا أو حبالة أو حـفر زبيـة للصيـد فكل ما وقع في شـيء من ذلك كان ملكا له ولا يحل لأحـد سواه، فإذا فعل ذلك لا بـقصد أخذ الصيد فوقع فـيها الصيد فأخـذه آخر فهو لمن أخذه، ويملك كل ما استولى عليه من المباح مما قصد تملكه.

وإذا لم ينو الـتـملك لم يملك ويـبقى الصيـــد على حـاله لكلٍّ حـق تملكه بالاستيلاء عليه، وكذلك ما عشش في شجرة أو جدار في دار لا يكون ملكا لمالك الشجرة أو الدار إلا أن يحدث له تملكا - ويملك الصيد بتذكيته وبأن يقدر عليه قبل مـوته بأن يفـقد به امـتناعـه وتأبده وقـدرته على الفـرار (ج ٦ ص ٤٦٦ مسـألة ١٠٧٩، ١٠٨٠، ص ٤٦٣ ومسألة ١٠٧١، ١٠٧٤، ص ٤٦٤).

---

(١) هندية نقلا عن الخانية ج ٥ ص ١٤٧.

ويرى **الإباضية** أن المال المباح يملك بالاستيلاء عليه باليد أو بوساطة آلة من الآلات كالشباك أو الحبالة أو الحفر تحفر لذلك، فإن انفلت المتعلق فى الشبكة أو خرج الواقع فى الحفرة انتقض ملكه، وما أخذ باليد ففر بعد ذلك لم يكن لغيره أن يتملكه بأخذ، وعليه أن يرده إذا أخذه. وكذلك يملكه صاحب البيت إذا دخله حيوان فأغلق بابه عليه ولايكون لغيره أن يتملكه بعد ذلك، فإن لم يغلق الباب عليه لم يملكه، ولاينتقض ملك ما يسقط من شبكة الصياد أو من وعائه بعد إمساكه، بخلاف شبكة الأرض إذا انفلت فيها قبل إمساك الصائد له.وإذا نفر السمك فوقعت سمكة فى سفينة سائرة فهى لآخذها، وقيل هى لصاحب السفينة لأن السفينة قد حبستها ولا تطيق الخروج منها لفراقها الماء، وإن أطاقت الخروج بالوثوب فهى لمن أخذها[1].

الشيعة الجعفرية : يملك المباح بالاستيلاء عليه : فيملك الصيد إذا أخذ باليد وبآلة من آلات الصيد كالحبالة والشبكة والشرك، ويملكه الناصب لذلك. فإن أخذه غيره كان عليه أن يرده لصاحب الآلة، وإن انفلت من الآلة قبل أخذه منها لم يملكه صاحبها وعاد إلى حاله، وكذلك إذا انفلت الصيد من الشبكة وسار بها فإن صاده آخر ملكه ورد الشبكة، ولو مشى بالشبكة على وجه لا يقدر على الامتناع فهو لصاحبها لأنها أزالت امتناعه، ولو انفلت بعد إثباته لم يخرج عن ملك مالكه كما إذا أمسكه الصائد بيده ثم انفلت منه ولو أطلقه من يده لم يخرج عن ملكه، ولو نوى بإطلاقه تركه راغبا عنه فالأقرب أنه لا يمكن لغيره أن يملكه ولا يخرج عن ملكه. ولو دخل دارا فأخذه صاحبها ملكه بأخذه لا بدخوله الدار. (تحرير الأحكام جزء ١ ص ١٥٧) وهم فى هذه الأحكام لا يخالفون الحنفية.

وخلاصة ما سبق أن الاستيلاء على المال المباح باعتباره سببا لتملكه يمتاز عن سائر التملك بثلاثة أمور :

الأول : أنه سبب منشئ للملكية بخلاف غيره من الأسباب الشرعية فإنها ناقلة لها لا منشئة، ولا خلاف فى ذلك.

الثانى : أنه خاص بالأموال المباحة فلا يفيد ملكا فى الأموال المملوكة عقارا كانت أم منقولة ولو طالت مدة الحيازة فيها. وبناء على ذلك لا يتملك مال مملوك

(١) شرح النيل ج ٣ ص ٥٧١، ص ٥٧٤، ص ٥٧٦.

بوضع اليد عليه وإن تقادم عهده، كما لا يسقط حق تركه صاحبه وإن طالت مدة الترك. وذلك خلافا لما جرى عليه التشريع الوضعى فإنه يجعل وضع اليد على المال المملوك مدة معينة تختلف باختلاف الأموال سببا من أسباب تملكه متى تحققت به حيازة هذا المال حيازة استأثر فيها بمنافعه وبالتصرف فيه، وبعبارة أخرى متى تحققت به حيازة هذا المال حيازة فعلية مقرونة بنية التملك له، كما جعل مضى مدة معينة على الحق مع ترك المطالبة به سببا مسقطا له، ويختلف مقدار المدة باختلاف الحقوق وما يلابسها. ولسنا بصدد شرح هذا الموضوع، وإنما يكون تفصيل أحكامه فى اكتساب الملك بمضى المدة وسقوط الدعوى بالحق لمضى المدة.

الثالث : أنه سبب فعلى، ولذا يعتبر من كل من يستطيع ولو كان غير أهل للالتزام بالقول، كالمجنون والصبى، كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

والمال المباح إما أن يكون منقولا أو عقارا : فإن كان منقولا كانت حيازته والاستيلاء عليه بوضع اليد وضعا حقيقيا، ويكون ذلك فى كل منقول كالصيد والكلأ والمعادن والأشجار إذا كانت على وجه الأرض - على تفصيل سبق وسيأتى عند الكلام على تملك كل نوع منه - وإن كان عقارا كانت حيازته والاستيلاء عليه بعمارته كما سيأتى عند الكلام على الأرض الموات. وقد ذكرنا أن الاستيلاء على الأموال المباحة المنقولة لا يشترط فيه القصد إلى التملك إذا كان حقيقيا، أما إذا كان حكميا فقد ذكرنا فيما سبق اختلاف الفقهاء فى اشتراط القصد إليه.

المال المباح : المال المباح هو مالا مالك له وهو عند الفقهاء إما منقول وإما عقار. أما عند رجال القانون فالمباح لا يكون إلا منقولا. أما العقار فهو مملوك فى جميع أوضاعه؛ لأنه إما أن يكون له مالك من الناس، وذلك إذا ما كان له اختصاص به يمكنه من التصرف فيه ومن استعماله واستغلاله، وإما أن يكون ملكا للدولة صاحبة السلطة والولاية عليه. وقد جاء ما يفيد ذلك فى القانون المصرى م٨٤٧ / ١ مدنى، والسورى م ٨٣٢ مدنى، والليبى م ٨٧٧ / ١ مدنى. ولذا كان حكم الأراضى التى لا تزرع ولا ملك لأحد من الناس فيها من حيث تملك الناس لها يختلف عن حكم المنقول؛ إذ يكفى فيه مجرد الاستيلاء عليه كما تقدم. أما الأراضى فلا يمكن أن تملك به إلا بتوافر ما وضع لذلك من شروط وقيود تكفلت القوانين ببيانها كما سيأتى بيان ذلك.

وقد ذكرنا أن المال المباح يملك بالاستيلاء عليه فى الشريعة الإسلامية، غير أنه إذا كان منقولا اكتفى فى الاستيلاء عليه بحيازته على الوضع الذى شرحناه فيما سبق. وإن كان عقارا لم يكف فى تملكه مجرد الاستيلاء عليه، بل يجب أن يأخذ الاستيلاء عليه مظهرا تتغير به صورته، وذلك بعمارته على الوضع الذى سنشرحه فيما يأتى عند كلامنا على الأرض الموات.

وقد بينا أن المنقول يملك بالاستيلاء عليه سواء أكان ماء أم شجرا فى فلاة أو حيوانا فى صحراء أم طيرا فى الجو أو كلأ فى أرض أو نحو ذلك مما يكون للطير من بيض وفراخ، وللنحل من عسل متى تحقق الاستيلاء عليه بيد لم تسبقها يد أخرى على الوضع الذى شرحناه فيما سبق، وهذا المبدأ لم تخالف فيه القوانين المدنية. فالمادة ٧٨٠ مدنى مصرى تنص على أن من وضع يده على منقول لا مالك له بغية التملك - ملكه، وتطابقها المادة ٧٢٨ مدنى سورى، والمادة ٧٨٤ مدنى ليبى، ولا تختلف فى ذلك المادة ١٠٩٨ مدنى عراقى، غير أنها عبرت بالإحراز وذكرت أنه قد يكون حقيقيا وذلك بوضع اليد عليه حقيقة كحصد الكلأ والاحتطاب من أشجار الجبال، وقد يكون حكميا وذلك بتهيئة سبب إحرازه كوضع إناء لجمع ماء المطر أو نصب شبكة للصيد.

وسواء فى تملك المنقول المباح بالاستيلاء عليه أن يكون مباح الأصل كالطير فى الهواء والحيوان فى الصحراء والماء فى الأنهار والبحار والأشجار فى الفلوات أو صار مباحا بتخلى مالكه عنه. فقد نص فى المادة ٧٧١ / ١ مدنى مصرى على أن المنقول يصبح لا مالك له إذا تخلى عنه مالكه بقصد النزول عن ملكيته. وبهذا جاءت المادة ٨٢٩ / ١ مدنى سورى والمادة ٨٧٥ / ١ مدنى ليبى والمادة ١١٠٤ مدنى عراقى، وعلى هذا أيضا جرى التقنين اللبنانى. ويستفاد من ذلك أن حق الملكية مما يصح إسقاطه فى نظر التشريع الوضعى إذا كان متعلقا بعقار، بينما يرى أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يتفقوا على هذا الرأى وكان لهم فى إسقاط الملك فى المنقول أو فى العقار التفصيل الآتى :

(١) اختلف رأى الحنفية فيه : فمنهم من ذهب إلى أن الملك من الحقوق التى تقبل الإسقاط فإذا ترك إنسان ماله اختيارا راغبا عنه زال ملكه عنه وصار مباحا يملكه من تسبق إليه يده بعد ذلك، ومنهم من ذهب إلى أنه لا يقبل الإسقاط

وأن الملك لا يزول بإسقاطه ولابتـرك المالك ما يملكه رغبة عنه، غـير أن من يأخذه من الناس فى هذه الحالة يجوز له أن ينتفع به انتفـاع العارية، إلى أن يسترده مالكه منه كما فى الحموى على الأشباه والنظائر لابن نجيب ج٢ ص ١٠٥، وفى البزازية أن هذا القول هو المختار وهو المتفق مع قواعـد الحنفية. ولعل مبنى ذلك أن انتفاع شخص بملك غيره أساسه مراعاة حق غيره، وأن ذلك يحول دون انتفاعه ومزاولته حقوقـه فيه، وفى تركه لمـلكه واطراحه إعلان بأنه ليس فى حاجـة إليه وليس من جهته ما يحول دون انتفاع غيره فكان ذلك فى معنى إباحة الانتفاع لغيره.

وذكر بعض الحنفية أن مـحل هذا الخلاف إذا لم يبين مالك الشىء عند تركه إياه أنه قد تركه ليأخذه أو ليتملكه من يشاء فإن بين ذلك بعبارة صدرت منه لم يزل ملكه عنه بذلك الترك قولا واحدا وله أن يسترده «حموى».

ومن الفـقهـاء من يرى فى هذه الحـال أن ملك المالك يبـقى إلى أن يتناوله شخص آخر فـإذا تناوله شخص آخر كان مـالكا له لا بالاستيلاء عليـه بل بتمليك مالكه إياه، ولهذا قـال الفقيه أبو الليث : إذا قـال المالك عند تركه لما يملكه : من شاء فليـأخذه، وكان ذلك خـطابا لقوم معـينين فهو لمن أخـذه منهم، وإن لم يكن ذلك خطابا لقوم معـينيين أو لم يقل شيئا عند التـرك لم يزل ملكه عنه وكان له أن يأخذه إذا وجده وأن يسترده ممن أخذه.

وعلى القول بعدم قبول الملك للإسقاط قيل : « من سيب دابته لعلة فأخذها من عالجها لم تزل على ملك مالكهـا، ومن أرسل طيرا فى الهواء فهو له حتى إذا صاده إنسان آخر لم يملكه وكان لصاحبه الذى سيبه أن يأخذه قهرا».

(٢) وذهب الشـافـعى وأحـمـد إلى أن ترك المـالك مـا يملكه من الأمـوال لايخرجـه عن ملكه على أصح القـولين؛ لأن رفع اليد عن المال لا يقـتضى زوال ملك مالكه عنه، كما لو سيب دابتـه؛ ولذا فإن المالك يتبع ملكه أنى وجده وعلى آخذه أن يرده لصاحـبه إن عرفه. وإذا أباح المالك ملـكه لغيره فتركـه له لم يخرج أيضا عن ملكه باستيلاء من أبيح له عليه، ولكن يحل له الانتفاع به ولو باستهلاكه دون أن تضمن قيمته وذلك لتسليط المالك له عليه.

وقيل : إذا ترك المالك ما يملك زال ملكه عنه؛ لأنه فى المعنى كإعتاق العبد، وفى كشاف القناع : من أرسل صيدا أو بعيرا لم يزل ملكه عنه بإرساله سواء أذكر عند إرساله ما يفيد أنه تركه أم لم يذكر ذلك؛ وهذا بخلاف كسرة من الخبز أعرض

عنها أو شيء حقير تافه تركه، إذ يملكه من يأخذه لأنه مما لا تتبعه همة أوساط الناس عادة - وروى أن الملك يزول بترك صاحبه ما يملك ونبذه مطلقا فيملكه آخذه «الفروع ج ٢ ص ٨٤٩».

(٣) ويرى مالك : أن الملك إذا كان مبتدأ بسبب الاستيلاء أو الإحياء بالنسبة إلى الأرض الموات زال بتركه أو يزول الاستيلاء عليه فيعود المملوك إلى الحال التي كان عليها قبل تملكه وهى الإباحة : سواء أكان ذلك نتيجة لفراره أو انفلاته من صاحبه وفراره. أو نتيجة ترك صاحبه إياه أو اطراحه رغبة عنه. فإذا كان أرضا أحياها زال ملكه عنها بزوال الإحياء - وإذا كان الملك نتيجة لسبب آخر غير فعلى بأن كان قوليا لم يقبل زوالا كشراء أو إرث فلا يزول حينئذ بترك المملوك أو إطراحه. كما تقدم ذلك عند الكلام على خصائص الملكية. ومبنى ذلك التفرقة بين الملكين : فالنوع الأول أضعف من النوع الأخير، وفى ترك المملوك من النوع الأول رد له إلى ما كان عليه بخلاف النوع الثانى.

ويرى الزيدية : أن الملك يسقط بالإسقاط، فإذا ترك الإنسان ما يملكه عقارا كان أم منقولا رغبة عنه زال عنه ملكه وصار مباحا يملك بالاستيلاء عليه «الأزهار ج ٢ ص ٣٢٣» ومبنى ذلك أن الملك حق من الحقوق المكتسبة والشأن فيها أنها تسقط بإسقاط صاحبها، إذ لا يجبر مالك على الاحتفاظ بملكه.

وعلى الجملة ففقهاء الشريعة لا يفرقون بين ملك العقار وملك المنقول فى قبول الإسقاط أو عدم قبوله. بينما نرى أن التشريع الوضعى على خلاف ذلك كما ذكرنا، فالعقار فى نظره مملوك دائما والمنقول فى نظره نوعان :

منقول كان مملوكا ثم صار بغير مالك بناء على تركه وإسقاط ملكيته على ما شرحنا، وذلك يملك بالاستيلاء عليه بعد زوال الملك عنه بالترك فى نظر القانون الوضعى، وفى نظر من ذهب إلى زوال الملك عنه بذلك من فقهاء الشريعة.

ومنقول لم يملك وهو ما ترك على طبيعته لانتفاع الناس به جميعا : كالماء والهواء والطير فى الأجواء. وهذا النوع يملك بالاستيلاء عليه وإحرازه. وفى هذا المعنى جاءت المادة (١٠٩٩) عراقى ونصها : الماء والكلأ والنار مباحة والناس فى هذه الثلاثة شركاء، فيجوز لهم الانتفاع بها وإحراز الماء والكلأ - بشرط عدم

الضرر - وذلك مستمد من حديث أبى خراش عن بعض أصحاب رسول الله ﷺ وهو : «المسلمون شركاء فى ثلاثة: فى الماء والكلأ[1] والنار» رواه أحمد وأبو داود وابن ماجة من حديث ابن عباس وزاد فيه «وثمنه حرام».

والحديث بعمومه يدل على أنه لا فرق بين المحرز من ذلك وغير المحرز، غير أن الإجماع انعقد على أن المحرز من ذلك يملكه من أحرزه بإحرازه. فكان هذا مخصصا للحديث. ومن هذا استمد الحكم المنصوص عليه فى نهاية هذه الفقرة من المادة المذكورة - وهو جواز الإحراز فى هذه الأشياء بشرط عدم الضرر- وهذا الشرط مما تقضى به أصول الشريعة العامة. وقد جاءت الفقرة الثانية من هذه المادة بحكم خاص بالكلأ النابت فى الأرض المملوكة وهو إباحته - وبه أخذ الحنفية - وخالف فى ذلك بعض المالكية. إذ رأوا أن وجوده فى أرض مملوكة يعتبر إحرازا له بإحراز مكانه فيصير بذلك مملوكا لمالك الأرض.

والحنفية لا يرونه مملوكا لمالك أرضه إلا إذا قام مالكها على إنباته.

واختلف الفقهاء فى قيامه على سقيه ورعايته أيعد إحرازا به يملك أم لا يعد؟

أما القانون المصرى فيعد الكلأ فى الأرض المملوكة ملكا لصاحبها تطبيقا للقواعد العامة، كما يعد الماء فى المروى الخاص التى حفرها شخص لرى أرضه ملكا له لإحرازه إياه بإحرازها، وهو رأى لبعض المالكية خلافا للحنفية؛ إذ لا يرون وجود الماء فى المراوى الخاصة ولا فى الآبار التى تحفر فى الأرض المملوكة أو فى الصحراء ملكا للحافر؛ إذ لم تجر العادة باتخاذ ذلك وسيلة لإحراز الماء، وإنما اتخذ وسيلة لجريانه إلى حيث ينتفع به. وإنما يعد محرزا بوضعه فى الأوانى والخزانات ونحوها. وقد نظمت قوانين الرى والصرف فى البلاد العربية طريقة الانتفاع بمياه الأنهار والترع والمراوى العامة والخاصة - أما فى الشريعة الإسلامية فقد جعلت المياه فيها بالنظر إلى تملكها أربعة أنواع وذلك فيما ذهب إليه الحنفية :

الأول : الماء الذى يكون فى الأوانى والظروف المملوكة. وهذا النوع يعد ملكا لمالك ظرفه لاحق لأحد فيه؛ لأنه قد يملكه بالاستيلاء عليه. ولذا يجوز له بيعه ولا يحل لأحد أن يأخذ منه لحاجته من غير إذن مالكه ما دام لايخاف الهلاك

(١) الكلأ : هو الحشيش الذى ينبت من غير إنبات أحد ويعد مالا مباحا. وإن كان فى أرض مملوكة إذا لم يقم صاحبها على رعايته وسقية فلكل شخص أن يأخذ منه حاجته، والمراد بالنار ضوءها فللناس جميعا أن يستضيئوا به لا جمرها لأنه مملوك لصاحبه.

على نفسه من العطش، فإن خاف الهلاك من العطش فطلبه من مالكه فمنعه كان له ذلك إذا لم يكن عنده فضل، فإن كان عنده فضل جاز لطالبه أن يقاتله ليأخذ الفضل منه ولكن بما دون السلاح.

الثانى: الماء الذى يكون فى الحياض والآبار والعيون ولا يعد ملكا لصاحبها لوجوده فيها بل يعد مباحا فى نفسه سواء أكان فى أرض مباحة أم مملوكة، ولكن يكون لصاحبها حق خاص فيه فيكون أولى من غيره، وليس له أن يمنع الناس من الشرب منه بأنفسهم ولا من سقى دوابهم لأنه مباح لهم. فأما الزرع والأشجار فله أن يمنع من سقيها لما فى سقيها من إبطال حقه أصلا، غير أنه إذا كان الماء فى أرض مملوكة فلصاحبها أن يمنعهم من الدخول فى أرضه إذا لم يضطروا إليه بأن وجدوا غيره لأن دخولهم ضرر، له أن يدفعه عن نفسه، فإن لم يجدوا غيره واضطروا قيل له : إما أن تأذنهم بالدخول ليأخذوا حاجتهم من الماء، وإما أن تأتى به إليهم وتعطيهم إياه، فإن لم يعطهم وأصرّ على منعهم من الدخول جاز مقاتلته بالسلاح ليأخذوا قدر ما يندفع به الهلاك. والأصل فيه ما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم عليه فأبوا، فسألوهم أن يعطوهم منه فأبوا، فقالوا لهم: إن أعناقنا وأعناق مطايانا كادت تقطع، فأبوا، فذكروا ذلك لسيدنا عمر رضى الله عنه فقال: هلا وضعتم فيهم السلاح. وهذا بخلاف الماء المحرز فى الأوانى حالة المخمصة، لأنه مملوك لصاحبه فكان لابد من مراعاة حرمة الملك فلا يؤخذ بالسلاح.

الثالث: الماء الذى يكون فى الأنهار المملوكة لأقوام مخصوصين وهو لايعد فيها ملكا لأحد، ولا يجوز بيعه لعدم الملك، ولا تجوز فيه المبادلة على أن يستقى منه فى يوم نظير الاستقاء فى يوم آخر من نهر آخر؛ لأن ذلك إما بيع الماء بالماء أو إجارة الشرب بالشرب وذلك غير جائز؛ إذ الإجارة تمليك المنفعة لا تمليك العين. ولذا لو استأجر حوضا أو بئرا ليستقى منه لم يجز، وليس لأصحاب هذه الأنهار الخاصة أن يمنعوا الناس من أن يشربوا بأنفسهم أو يسقوا دوابهم، ولكن لهم أن يمنعوا من سقى الزرع والأشجار.

الرابع : ماء الأنهار العظيمة ولاملك لأحد فى مائها ولا فى رقبتها، وليس لأحد حق خاص فيها بل هى لعامة المسلمين، لكل واحد أن ينتفع بها الانتفاع الذى لا يضر بغيره فكان الناس فيها على السواء. وذهب الحنابلة : إلى أن الماء إذا سيق من نهر غير مملوك إلى مجرى مملوك كان ملكا لمالك المجرى؛ لحيازته بسبب حيازة مكانه - ولكن إذا ظهر الماء بأرض مملوكة بسبب حفر بئر مثلا أو تفجير عين لا يكون ملكا لمالك الأرض، ولكن يكون أحق به من غيره فى الانتفاع به يأخذ منه حاجته أولا، فإذا اكتفى لم يجز له أن يمنع غيره[1] ومثل هذا فى الحكم كلأ الأرض المملوكة ومعادنها السائلة كالبترول[2].

ويرى كثير من المالكية : أن الماء فى المجارى وفى الآبار التى تحفر وفى العيون التى تفجر يكون ملكا لمالك الأرض التى وجد فيها لتبعيتها لمعينه وحيازته بحيازته.

وحكم الكلأ كحكم الماء فهو مملوك لمالك الأرض عند الحنفية إذا كان هو الذى زرعه أو قام عليه بالرعاية والسقى، ويكون مباحا إذا نبت من تلقاء نفسه ثم لم يقم صاحب الأرض عليه، وعند ذلك لا يملك إلا بإحرازه.

ومن الحنفية من يرى أن القيام على سقيه لا يعد إحرازا له.

وتعد الحيوانات غير المستأنسة الطليقة غير مملوكة لأحد م ٨٧١ / ٢ مدنى مصرى، و م ٨٢٩ / ٢ مدنى سورى، و م ٨٧٥ / ٢ مدنى ليبى. وذلك متفق مع أحكام الشريعة الإسلامية- ومثل هذه الحيوانات فى الحكم، السمك فى البحر والحيوان المتأبد فى البر. وتنص المادة ٨٣٧ مدنى مصرى على أن صيد البر والبحر تنظمه لوائح خاصة، وفى هذا جاءت المادة ٨٣١ مدنى سورى، والمادة ١١٠٣ مدنى عراقى، والمادة ٨٧٧ مدنى ليبى.

وقد أورد القانون المدنى العراقى أحكاما خاصة بالأشجار والأحطاب والأحجار التى تقطع من الجبال والمراعى وذلك فى المادة ١١٠٠ التى تنص على : أنه يجوز لكل شخص أن يقطع من الجبال المباحة - إذا لم تكن من المحاطب المختصة من قديم والقصبات - أشجارا وأحطابا وغير ذلك من المواد التى يحتاج إليها فى البناء والوقود وصنع الآلات الزراعية وغيرها من حاجاته.

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٤١٥.

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٤٠ وما بعدها.

وإذا وجد داخل حدود قرية مرعى من غير المراعى المختصة - من قديم- بأهل القرى والقصبات، فيجوز لأهل هذه القرية أن يرعوا فيه مواشيهم، وأن ينتفعوا بنباته من غير أن يؤدوا شيئا من الرسوم، ويجوز لغير أهل القرية إن لم يكن مضرا بأهلها أن يرعوا مواشيهم فى هذا المرعى وأن ينتفعوا بنباته وفق ما يجيزه القانون.

ومن هذا نتبين أن أحكام تملك هذا النوع من الأموال بالاستيلاء فى القوانين العربية والتشريع الإسلامى على العموم لا يكاد يوجد خلاف فيها إلا فى التطبيق فقط دون الأصول العامة.

وينبغى أن نشير فى هذا المقام إلى ما يوجد من فرق بين الأموال التى يتركها مالكها رغبة عنها والأموال الضائعة : فالأولى أموال أراد المالك أن يسقط ملكيتها ويتخلى عنها لتصير غير مملوكة لأحد؛ ولذا يجوز لأى إنسان أن يستولى عليها دون حرج فيتملكها بذلك - أما الثانية فأموال لم يتخل مالكها عنها ولم يزل مستمسكا بملكه إياها، وإنما جهل مكانها إذ ضلت عنه أو سقطت منه ولذا تظل على ملكه. فإذا عثر عليها إنسان وجب عليه أن يردها إلى مالكها وهى ما تعرف باللقطة، وذلك هو الحكم فى الشرعين الإسلامى والوضعى. وسنزيد ذلك تفصيلا عند كلامنا على الحيازة.

ولما كانت صورة الاستيلاء الكاسب للملكية تختلف باختلاف صور الأموال المباحة فكان له وضعه وشروطه فى الصيد، ووضعه فى المعادن والكنوز، ووضعه فى الأرض الموات - اقتضى ذلك إفراد كل نوع من هذه الأنواع بذكر ما يختص به من الأحوال والشروط.

الصيد :

الصيد هو اقتناص الحيوان غير المستأنس وأخذه بحيلة ودقة نظر. ويطلق أيضا هذا الاسم على كل حيوان يمتنع على الإنسان بالفرار كالأسد والغزال والأرانب وغيرها من كل حيوان معتصم بالغابات، أو متأبد «متوحش» معتصم بقوته وفراره، أو يعتصم بالطيران فى الهواء أو بالسباحة والغوص فى الماء.

وهذه الأنواع من الحيوان تعد من الأموال المباحة لكل إنسان أن يمتلكها بالاستيلاء عليها قبل غيره، فإذا حازها ملكها ولم يكن لغيره أن يملكها بعد ذلك إلا بسبب ناقل لملكيتها : سواء بقيت في يده أم انطلقت إلى حيث كانت على ما أشرنا إليه من تفصيل فى ذلك وخلاف بين الفقهاء فيما سبق. وقد نص فى القانون المصرى م ٨٧١ / ٢ على أن الحيوانات غير الأليفة تعتبر لا مالك لها مادامت طليقة - وإذا اعتقل حيوان منها ثم أطلق عاد لا مالك له إذا لم يتبعه مالكه فورا أو إذا كف عن تتبعه، وأن ماروض من الحيوانات وألف الرجوع إلى المكان المخصص له ثم فقد هذه العادة يرجع لا مالك له فيملك بصيده، وبذلك جاءت الفقرة الثانية من المادة ٨٢٨ مدنى سورى ومادة ٨٧٥ / ٢ مدنى ليبى.

وأخذ الصيد يترتب عليه أثران :

أولهما : تملكه لتحقيق الاستيلاء عليه بذلك وهو سبب لتملك المباح.

ثانيهما : حل أكله إن كان مما يحل أكله متى توافرت شروط ذلك، ولسنا بصدد بيان الأثر الثانى وهو حل أكله، ولذا نقصر بياننا على الأثر الأول وهو الملك.

وقد أحل الله الصيد لعباده إلا فى حالتين :

الأولى : أن يكون الصائد مُحرما.

الثانية : أن يكون الصيد فى الحرم، وهو دائرة محدودة تحيط بالكعبة على مسافات مختلفة عنى الفقة ببيانها. فإذا دخلها الحيوان كان آمنا قال تعالى فى سورة المائدة: **﴿أحلت لكم بهيمة الأنعام إلا ما يتلى عليكم غير محلى الصيد وأنتم حرم﴾** وقال : **﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾** وقال : **﴿ أحل لكم صيد البحر وطعامه متاعا لكم وللسيارة وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما﴾** - ولذا لا يتملك المحرم ما يصيده لأن اعتداءه على الصيد حرام فلا يؤدى إلى الملك، وكذلك لا يملك الحلال صيد الحرم لنفس السبب.

وللصيد وسائل شتى فقد يكون بالكلاب المعلمة، وقد يكون بالشباك أو النبال وما فى حكمها من الآلات الرامية. وقد يكون بغير ذلك من الوسائل التى يؤخذ بها صيد البر أو البحر، وإنما يترتب عليه الملك عند الفقهاء إذا تم به الاستيلاء على الحيوان سواء أكان استيلاء حقيقيا أو حكميا.

والاستيلاء الحقيقى : يكون بإمساك الصيد باليد أو بالاقتراب منه وهو فى المصيدة بحيث يمكن إمساكه باليد، وبه يتملك الصيد ملكا مستقرا لا يزول بانفلاته أو بتسييبه على ما بينا فيما سبق.

وقال الزيدية : إذا صاد حيوانا ثم عاد إلى ما كان عليه من التأبد لم يزل ملكه عنه (الأزهار ج ٣ ص ٣٢٣).

والاستيلاء الحكمى يتم بوساطة آلات الصيد وحدها بشرط أن يصير به الصيد غير ممتنع وغير قادر على الفرار والعودة إلى حالته الطبيعية. ويتحقق ذلك بإمكان أخذه والقبض عليه دون معاناة أو استعمال وسائل من وسائل الصيد عند الاقتراب منه. وعلى الجملة يتحقق الاستيلاء الحكمى بتهيئة الصيد لأن يستولى عليه استيلاء حقيقيا.

وبهذا النوع من الاستيلاء يتملك الصائد الصيد بشرطين عند الحنفية :

الأول : ألا ينتقض ذلك الاستيلاء بانفلات الصيد وفراره قبل إمساكه، وإن شئت قلت ألا ينفلت الصيد قبل أن يصير الاستيلاء عليه حقيقيا. فإذا نصب إنسان شبكة فتعلق بها صيد ملكه بذلك الاستيلاء بشرط ألا ينتقض قبل استقراره. ويستقر إذا جاء صاحبه فأمسكه أو اقترب منه بحيث لو مد يده إلى الصيد لأخذه. فإذا انفلت بعد ذلك بعلاج الشبكة ونحوه ففر لم ينتقض ملكه، ولكن إذا عالج الصيد الشبكة حتى انفلت منها وفر قبل حضور الصائد فإنه لا يصير مملوكا بذلك.

الثانى: ألا تكون آلة الصيد حين تعلق بها الحيوان قد وضعت لغرض آخر غير الصيد، وذلك بأن تكون قد وضعت بقصد الصيد أو بلا قصد، فإذا تعلق بها حيوان فى هذه الحال ملكه الصائد بذلك، مع مراعاة الشرط الأول للاستيلاء عليه حينئذ حتى لو وضعها كذلك ثم توفى بعد وضعها فتعلق بها الصيد بعد وفاته كان من تركته. أما إذا وضعها لغرض آخر كالشبكة يضعها لتجفيفها فيتعلق بها الصيد فإنه لا يملكها منذ تعلق بها وإنما يملكه إذا حضر إليه فأمسكه أو حضر إليه وكان قريبا منه قادرا على إمساكه بيده فلو أخذه رجل قبل حضوره فإنه يملكه بذلك لاستيلائه على مباح لما يصر مملوكا.

وإذا كانت الآلة لا تستعمل للصيد فتعلق بها صيد لم يملكه صاحبها إلا إذا كان قد وضعها بقصد الصيد وتوافر الشرط الأول وإلا لم يملكه إلا بعد أن يحضر إليه فيقترب منه حتى لو أراد أن يمسكه بيده لأمسكه. فالفرق بين آلة الصيد وغيرها أنه يشترط نية الصيد فيما لايستعمل للصيد عادة. ويشترط فى آلة الصيد ألا ينوى باستعمالها غرضا آخر غير الصيد.

وبناء على ذلك فرَّع فقهاء الحنفية كثيرا من المسائل نذكر منها المسائل الآتية للبيان والتوضيح :

أ - إذا أقيمت فى أرض أبراج لإيواء الحمام فأوى إليها الحمام فما كان منه مباحا لم يسبق أن ملكه أحد يتملكه صاحب البرج بإيوائه إليه، متى كان منه قريبا بحيث يستطيع إغلاقه عليه؛ لأنه بذلك يعد مستوليا عليه لاستقراره فى مكان أعد لصيده. أما ما يأوى إليه من حمام الناس فلا يملكه بأية حال. ويلاحظ أن فراخ الحمام وبيضه يكونان ملكا لصاحب البرج على أية حال لأن وجودهما فى البرج المعد لذلك يعد استيلاء عليهما.

ب - إذا وضع إنسان كوارات للنحل فى أرضه فاحتلها النحل فإنه يصير ملكا لصاحب الكوارات لاستقراره فى مكان أعد لصيده. إذ إن ذلك هى عادة النحل وطبيعته، وبذا يصير ما يخزنه فيها من عسل ملكا أيضا لصاحب الكوارات. فإذا هاجمه إنسان فانتقل بفعله إلى كوارات شخص آخر لم يزل بذلك ملك صاحب الكوارات الأولى. وإذا اتخذ النحل فى أرض شخص مكانا لم يعد له من قبل فلا يملكه صاحب الأرض بحلوله فيه؛ لأنه استقر فى مكان لم يعد لصيده فلا يعد استيلاء عليه. ولكن يملك ما يخزنه فيه من عسل لوجوده فى مكان مملوك على وجه لا يزايله.

ج - لرجل مجرى ماء خاص فى أرضه متصل بالنهر فلما ساق الماء إليه انتقل إليه كثير من السمك، فإذا كان السمك بحيث ينال باليد من غير صيد كان ملكا لصاحب المجرى، إذ يعتبر بوجوده فى هذا المجرى على هذا الوضع محرزا فيملكه بالاستيلاء عليه، وإن كان بحيث لا ينال إلا بصيده بشبكة أو نحوها لم يملكه صاحب المجرى، وكان لغيره أن يصيده إذا كان المجرى طويلا أو متسعا كثير

الماء، غير أنه إذا أقيم على جزء منه سد احتجز به بعض السمك اعتبر ذلك استيلاء على ما بعد هذا السد فيملكه بذلك كما فى فتح القدير؛ لأن هذا الجزء المحجوز بالسد يعتبر كالحظيرة أعدت لصيد السمك، وإذا صرف صاحب المجرى الماء عنه بطريقة بقى السمك معها فيه فإنه يملكه بهذا العمل لاستيلائه عليه به. وذهب بعض المالكية إلى أن سمك البحيرات المملوكة ملك لأصحابها، كما أن ماء الآبار المملوكة ملك لأربابها. (فتح الجليل ج ٤ ص ٣٢).

وذهب آخرون إلى أنه لايعد مملوكا ولكن لهم فيه حق الأولوية فى أخذه عند الحاجة إليه.

د - وإذا صاد إنسان سمكا فانفلت منه قبل أن تصل إليه يده لم يملكه فى هذه الحال لانتقاض استيلائه الحكمى، ولكن إذا انفلت منه بعد أن أمسكه بيده أو بعد وضعه على الشاطئ فإنه يملكه ولا يزول ملكه عنه بانفلاته ورجوعه إلى الماء لحصول ذلك بعد الاستيلاء الحقيقى. ويرى مالك أن الصيد إذا توحش بعد حوزه والحمام بعد إيوائه والنحل بعد ضمه إلى جبجه[1]، والسمكة إذا انفلتت فعادت إلى النهر بعد أخذها زال الملك عنها فى هذه الأحوال كلها (الفروق ج١ ص٢٠٥).

هـ - إذا دخل ظبى دار إنسان لم يملكه بمجرد دخوله لعدم تحقق الإحراز بذلك، ولكن إذا أغلق الباب عليه لأجل إحرازه ملكه بذلك الإغلاق. فإن أغلقه لغرض آخرلم يملكه به، وإن سقط الصيد فى حفرة فإن كانت للصيد ملكه بسقوطه فيها وإلا لم يملكه بذلك حتى لو حضر إنسان فأخذه منها ملكه ما لم يكن مالك الحفرة قد سبقه إليها وكان منها بحيث لو مد يده إليه لناله.

و - وإذا رمى إنسان صيدا فأصابه فإن أخرجه بذلك عن امتناعه ملكه وإن لم يمسكه فعلا حتى لا يكون لغيره أن يأخذه، وإن أخذه إنسان فذبحه ضمنه.

ز - إذا أرسل إنسان كلبه على غزال فاقتنصه ملكه بذلك حتى لو تركه الكلب بعد ذلك لم يزل ملكه عنه إذا صار غير قادر على الفرار بعد أخذ الكلب إياه، فإن فر انتقض الاستيلاء عليه وكان لغيره أن يصيده فيملكه بصيده.

---

(١) الجبج، مثلث: خلية النحل والجمع اجبج واجباج.

ويرى الشافعية أن الصيد يملك بالإمساك باليد ولو كان الممسك غير مكلف، ولكن إذا لم يكن مميزا وأمسك الصيد بأمر غيره كان لمن أمره لأنه فى هذه الحال يعد كالآلة، وإنما يملك الصيد بالإمساك لأنه مباح فملك بوضع اليد عليه كسائر المباحات سواء أقصد المستولى عليه باستيلائه أن يتملكه أم لا حتى لو أخذه لينظر إليه ملكه. وإلى هذا ذهب الحنابلة. وكذلك يملكه إذا استولى عليه بآلة كشبكة ونحوها حتى لوفر منها بعد لم يزل ملكه عنه. وما لا يحل صيده كصيد الحرم لا يملكه من يستولى عليه.

وكذلك يملك الصيد بجرح مذفف أى مسرع به إلى التلف، كما يملك بوقوعه فى شبكة نصبها الصائد ولو كانت لغيره معصوبة أو معارة. ويرى الحنابلة أنها إذا كانت مغصوبة كان الصيد لمالك الشبكة لا لغاصبها. فإن قدر على أن يتخلص منها لم يملكه ولو أخذه غيره منها ملكه من أخذه. وإذا ألجأ إنسان صيدا إلى مصيدة أو شبكة فوقع فيها ملكه صاحب الشبكة لا من طرده إليها إذا كانت منصوبة لغرض الصيد وإلا لم يملكه حتى يأخذه، وإذا انفلت منها عاد مباحا وإن أخذه منها آخر لم يملكه وهو لصاحب الشبكة. وإذا ذهب الصيد بالشبكة وكان قادرا على امتناعه مع ذلك فهو لمن يأخذه وإلا فهو لصاحب الشبكة. (نهاية المحتاج ج ٨ ص ١١٧ وما بعدها، كشاف القناع ج ٤ ص ١٢٨).

ويرى المالكية : أن الصيد يملك بالاستيلاء عليه وإن تم ذلك تحت نظر شخص آخر. وفى حكم الاستيلاء كل فعل يذهب به امتناع الصيد وتأبده ككسر رجله، أو إغلاق حجرة عليه أو وقوعه فى شبكة بغير طرد.

وإذا صاد إنسان صيدا فأرسله باختياره فصاده آخر ملكه اتفاقا. وإذا ند صيد من صائده بغير اختياره. فكذلك الحكم ما لم يستأنس عند الأول، فإن استأنس ثم ند ولم يتوحش بعد فهو للأول. وقيل إنه يكون للأول إذا استأنس سواء أتوحش أم لا .(منح الجليل ج ١ ص ٥٨٥).

وقد وضعت للصيد فى بعض البلاد العربية لوائح خاصة فصلت أحكامه وبينت أحواله وشروطه على حسب ما تدعو إليه المصلحة العامة والدواعى الاجتماعية والاقتصادية فى كل بلد من هذه البلاد. والحكم الأساسى فيها تملك الصيد بالاستيلاء عليه.

أحكام المعادن والكنوز

يستعمل بعض الفقهاء اسم الركاز فى الدلالة على ما ركزه الله في المعادن من الأرض من الحديد والنحاس والفضة والذهب ونحو ذلك. وهو كما فى القاموس : اسم جمع، واحده ركزة وهو فعال بمعنى مفعول أى مركوز كالبساط بمعنى المبسوط. وفى القاموس : الركاز ما ركزه الله فى المعادن «أى أحدثه» وهو أيضا دفن الجاهلية، والمعادن فى هذه العبارة المحال جمع معدن وهى محال الفلز من الأرض. من عَدَنَ بالمكان إذا أقام فيه. ومن جنات عدن أى جنات الإقامة. وعلى ذلك كان اسم الركاز دالا على ما يحويه باطن الأرض من فلزات. كالذهب والفضة والنحاس مما يسمى فى عرفنا بالمعادن، وعلى ما يدفنه الإنسان فيها من الأموال وهو مايعرف باسم الكنز. والفرق بين الفلز والكنز : أن الفلز اسم يوجد فى الأرض من جواهرها المعروفة كالذهب والفضة. والكنز اسم لدفين الإنسان فيها من المال.

وعلى ذلك كان الفلز اسما لما يعد جزءا من الأرض بحسب طبيعتها بخلاف الكنز فإنه دفين فيها لا جزء منها.

أنواع الفلزات : الفلزات ثلاثة أنواع :

١ - صلب قابل للطرق والسحب والانطباع بالنار : كالذهب والفضة والنحاس والحديد فتصنع منه الصفائح والأسلاك.

٢ - صلب لا يقبل الانطباع بالنار ويتفتت بالطرق كالماس والياقوت ونحوها.

٣ - سائل كالزئبق والبترول.

أحكام الفلزات :

للمالكية فى حكمها ثلاثة أقوال : أشهرها أن ليس شىء من هذه الأنواع الثلاثة فى محالها «مناجمها - معادنها» من الأموال المباحة. ولذا لا يتملكها من يستولى عليها، وإنما هى ملك للمسلمين بسبب استيلائهم على أرضها أو ولايتهم عليها فلا تعد تابعة لما توجد فيه من الأرض ولا تملك بامتلاك محالها؛ إذ ليس

لمثلها تُمْلَكُ الأرض وتطلب عـادة فكانت للمسلمين، أمرها إلى الإمام يسـتغلها فى مصالحهم بعماله أو يقْطعها لمن يشاء من المسلمين نظير مال يصرف فى مصالحهم أو بالمجان إن رأى المصلحـة فى ذلك. وإذا أقطعهـا لم يجز له أن يقطعهـا تمليكا وإنما يقعطهـا انتفاعا إلى مدة مـعينة أو مدة حيـاة من أقطعه إياها؛ ولذا لا يجرى فـيها الميراث بل يرد الأمر فيها عند الوفاة إلى الإمام : لا فرق فى ذلك بين ما يوجد فى أرض مملوكة، وما يوجد فى أرض غير مملوكة، ولا بين نوع ونوع.

والقـول الثـانى : أن الفلزات بجـميع أنـواعهـا ملك لصـاحب الأرض إن وجدت فى أرض مملـوكة أو لأهل الأرض التى وجدت فـيهـا إن وجدت فى أرض مفتوحـة جعلت وقفا وأعطيت لمن رأى الإمام أن يستعملـها لمصلحة المسلمين نظير خراج يدفعونه، فإن وجدت فى فلاة أو جبل فـهى ملك لمن وجدها واستخرجها. ومعنى هذا القـول كما هو ظاهر - أنهـا أموال مبـاحة يتملكهـا من يستولى عليـها باستيلائه عليها مباشرة، أو باستيلائه على محالها من الأرض التى هى فى حيازته.

والقول الثالث : أن مـاسبق هو حكم ما عدا الذهب والفـضة من الفلزات أما الذهب والفضة فـهما للمسلمين أمرهما إلى الإمـام على أية حال. ومعنى ذلك عند صاحب هذا الرأى هو المصلحـة؛ إذ إنها تدعو إلى هذا الاستثناء لشـدة الرغبة فيهما والتقاتل عليهما.

ولقد وجـه صاحب فـتح الجليل القول الأول المشـهور بأنه حكم اقـتضـته المصلحة؛ لأن المعادن قد يجدها شـرار الناس فإذا تركت لهم أفسدوا، ولأنها على العموم مـدعاة إلى التحاسد والتـقاتل فكانت لجماعة المسلمين؛ درءا لهـذه المفاسد وجلبا لما يترتب على ذلك من مصالح.

وذهب الحنفية والـشافعية والحنابلة إلى أن هذه المعـادن قد تعد مبـاحة وقد تكون مملوكة، فإذاوجدت فى أرض مملوكة كانت تابعة لها وعدت جزءا منها؛ لأنها وجدت معـها ومعها خلقت. وعلى ذلك تكون ملـكا لمالك الأرض ملكا خاصا أو ملكا عاما على حسب اختلاف الأحوال. وإن كـانت الأرض موقوفة كانت معادنها وقفا تبـعا لها عند الحنفية فتـصرف فى مصالحهـا لاللمستحقين لريعهـا لأنها ليست بِغَلَّة؛ وذلك بناء عى ما استظهره ابن عابدين. واستثنى أحمد من هذا الحكم العام

فى رواية عنه : المعدن السائل لأنه لا يعد جزءا من الأرض لأنه شبيه بالماء يستنبط منها فلا يتبعها؛ ومن ثم لا يكون ملكا لصاحبها وإنما يعد مالا مباحا يكون صاحب الأرض أولى به من غيره. وحكمه حكم الماء ينبع فى الأرض فالناس فيه شركاء بعد أن يأخذ صاحب الأرض حاجته منه.

وإذا وجدت فى أرض مباحة، أى أرض موات، كانت أموالها مباحة مثلها فتكون لمن وجدها بالاستيلاء عليها : سواء أكانت جامدة أم سائلة، فمن سبقت إليها يده فاستولى عليها ملكها.

ومما ينبغى ملاحظته مع هذا أن مالكا وأحمد يرون أنها إذا كانت لواجدها أو لصاحب أرضها ملكها كلها. ولايجب عليه فيها إلاالزكاة فى بعض الحالات على مافصل فى موضعه. أما أبو حنيفة فإنه يذهب إلى أن ما يوجد من المعادن الصلبة القابلة للانطباع والطرق يعد مشتركا، للمصالح العامة فيه الخمس والباقى لواجده أو لمالك الأرض، وذلك بخلاف النوعين الأخيرين. إذ يكونان ملكا لواجدهما أو لمالك أرضهما. وإنما وجب الخمس فى النوع الأول دون النوعين الأخيرين؛ لقوله ﷺ : «وفى الركاز الخمس». وهو يشمل المعدن والكنز فوجب لذلك الخمس فيهما. غير أن المائع من المعادن يشبه الماء لسيولته فأعطى حكم الماء ولم يجب لذلك فيه خمس. وكذلك مالا ينطبع بالنار ولا يقبل الطرق، قيس على الحجر والتراب لشبههما به فى عدم الانطباع وفى التفتت بالطرق،وليس فى الحجر شىء فكان حكم هذا النوع حكم الحجر والتراب فى عدم وجوب الخمس، وكان الحديث مخصوصا بالقياس «الشلبى على الزيلعى ج ١ ص ٢٨٨».

أما ما تدثره وترميه البحار من المعادن وغيرها : كالعنبر والمرجان واللؤلؤ، وكذا ما استخرج منها فإن أبا حنيفة يراه مالا مباحا يملك بالاستيلاء عليه ولا شىء فيه لبيت المال؛ إذ ليس قاع البحر تحت ولاية الإمام. والخمس إنما وجب فى معادن الأرض لأن الإمام يليها وله السلطان عليها. وإلى هذا ذهب مالك والشافعى وأحمد، وخالف أبو يوسف فأوجب فى ذلك الخمس وما بقى لواجده؛ وذلك لما روى عن عمر أنه كان يرى ذلك فيما يستخرج من العنبر من البحر. وكان هذا رأى عمر بن عبدالعزيز.

ذلك رأى الفقهاء فى المعادن. أما فى التشريع الوضعى فقد نظمت أحكامها وفصلت فى لوائح خاصة يرجع إليها عند الحاجة.

حكم الكنز :

الكنز فى نظر الفقهاء نوعان : إسلامى وجاهلى.

فالإسلامى ما وجد به علامة أو كتابة تدل على أنه دفن فى الأرض بعد ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى طريقة من الطرق. والجاهلى ما وجد به شعار أو كتابة يدلان على أنه قد دفن فى أرضه قبل ظهور الإسلام عليها، أو علم ذلك بأى طريقة من الطرق.

فإن جهل حاله فقد اختلف الرأى فيه : فمن الفقهاء من ذهب إلى اعتباره جاهليا لأن أكثر ما يوجد من الكنز إنما هو لأهل الجاهلية، ومنهم من ذهب إلى اعتباره إسلاميا.

والكنز إذا كان إسلاميا لايعد من الأموال المباحة بل من الأموال المملوكة؛ لأنه مملوك لصاحبه ملكا محترما لا يقبل السقوط بتقادم الزمن فلا يملكه من يعثر عليه، وإنما يعد لقطة له أحكام اللقطة من وجوب التعريف والبحث عن صاحبها لترد إليه، فإذا يئس من معرفته حفظت حتى يظهر أو تصدق بها على ما ذهب إليه الحنفية. وسيأتى لذلك زيادة بيان.

حكم الجاهلى : أما الجاهلى فقد اتفق الأئمة الأربعة على أن خمسه لبيت المال؛ لقوله ﷺ : «وفى الركاز الخمس». واسم الركاز يشمل المعدن والكنز عند الحنفية، وعند الأئمة الثلاثة لا يراد به إلا الكنز.

وإنما وجب فيه الخمس لاعتباره من الغنائم؛ إذ إنه مال غلب عليه المسلمون وفيما غلب عليه المسلمون الخمس. غير أن الشافعى لا يرى إيجاب الخمس إلا فيما كان منه ذهبا أو فضة بشرط أن يبلغ نصابا، فإذا لم يكن ذهبا ولا فضة أو كان منهما وليس منه ما يبلغ نصابا فلا شىء فيه.

ويرى مالك لإيجاب الخمس فى الكنز ألا يحتاج فى استخراجه والحصول عليه إلى كثير من النفقة أو كثير من العمل، وإلا كان الواجب فيه ربع العشر فقط.

وما بقى بعد ذلك يعتبر مالا مباحا عند أحمد فيكون ملكا لواجده : سواء أوجده فى أرض مملوكة له أو لغيره أم فى أرض غير مملوكة؛ لأن الكنز ليس جزءا من الأرض فلا يملكه بامتلاكها، وإنما لم يكن ملكا للفاتحين لعدم تمام إحرازهم إياه. وإلى هذا ذهب أبو يوسف وهو رواية عن مالك.

وذهب أبوحنيفة والشافعي ومالك فى رواية عنه إلى أن أربعة أخماسه يكون ملكا لواجده بإحرازه إن وجده فى أرض مباحة كالصحراء والجبل، أو فى أرض هى ملكه بسبب إحيائه إياها، إذ إنه فى هذه الحال أول مستول عليه. ولكن إذا وجده فى أرض مملوكة لغيره أو مملوكة له بشراء - مثلا - فإن الأربعة الأخماس تكون ملكا لأول مختط لها، وهو من أعطيها عند الفتح، ولورثته من بعده إن عرفوا، وهكذا عند أبى حنيفة ومحمد. فإن لم يكن لها مختط بأن ملكت لأول أمرها بالإحياء فإنها تكون لأول من أحياها ولورثته من بعده إن عرفوا، ذلك لأن من أعطيها عند الفتح ملكها وملك ما تحويه من الكنوز بإعطاء الإمام. وكذلك من أحياها يتملكها بالإحياء ويتملك ما بباطنها كذلك من الكنوز الجاهلية تبعا لها، ثم تنتقل ملكية هذه الكنوز إلى ورثته كل منهم بوفاته. وهكذا دون أن يمنع ذلك تصرف يحدث فى الأرض من مالكها بالبيع ونحوه؛ ذلك لأن العقود المالية إنما ترد على محالها فقط، وهى الأرض هنا دون ما قد يكون مستودعا بباطنها من الكنوز فلا يشملها لذلك العقد، ولا تنتقل به إلى المشترى ولا إلى الموهوب له، وتبقى الكنوز متنقلة بالوراثة فى ورثة أول مالك لها. ونظير هذا ما لو باع صائد سمكة صادها وفى جوفها جوهرة لا يعلمها فإن الصائد البائع يملك الجوهرة بالاستيلاء على السمكة ولا يشملها عقد البيع؛ لأنه إنما ورد على السمكة لا على الجوهرة؛ ولذا تكون الجوهرة لصائد السمكة إن وجدت.

فإن لم يعرف أحد من هؤلاء اختلف رأى الحنفية فقال بعضهم : تكون هذه الأخماس الأربعة لبيت المال لأنه مستودع أموال المسلمين التى لا يعرف لها وارث. وهذا ظاهر.

وقال آخرون : تكون لأقصى مالك معروف للأرض؛ لأنه هو الذى يظن أنه أول مالك لها. فإن لم يوجد فلورثته.

وذهب أبو يوسف إلى أنها تكون لواجده؛ وذلك لأنه مال وغنيمة لم تصل إليه يد الفاتحين، وإنما وصلت إليه يد الواجد لاغير فكان غنيمة مختصة به فكان باقيه بعد الخمس له.

وعلى هذا فمبنى رأى الحنفية أن الكنز : إما مال مملوك لمحارب فيملك بأخذه مع الأرض سواء أملكت عنوة أم بإحياء، وإما مال مملوك لمسلم أو ذمى فيكون حكمه حكم اللقطة.

ومذهب مالك لا يختلف فى أساسه عن مذهب الحنفية، ولذا يرى أن الكنز إذا وجد فى أرض استولى عليها المسلمون عنوة سواء أكانت مملوكة أم غير مملوكة كان ملكا لمن استولى عليها من الغزاة ثم لورثتهم من بعدهم إن عرفوا لا للواجد، فإن لم يعرفوا كان لعامة المسلمين. وإذا وجد فى أرض لم تؤخذ عنوة كأرض اليمن فهو لمن وجده لأنه أولى مستول عليه.

ونقل عن مالك أنه إذا وجد فى أرض مملوكة لم تؤخذ عنوة كان لمن أحياها لا لمن وجده ثم لورثته من بعده؛ لأنه أول مستول عليه باستيلائه على الأرض. وإذا باعها لم يشمله البيع إذ لا يباع إلا ما ظهر منها.

وذهب الشافعى إلى أنه إذا وجد فى شارع أو فى مسجد فلقطة. وإن وجد فى أرض مملوكة كان لمالكها إن ادعاه وطلبه ولا يخمس، ولكن تجرى عليه أحكام الزكاة، فإن تركه ولم يدعه كان لمن تلقى الملك عنه إذا ادعاه كذلك، وهكذا حتى إلى أول محيٍ لها، فإن لم يكن محيٍ لها فى الإسلام بأن كانت من الغنائم كانت للفاتحين.

وفى المجموع : إذا وجد فى أرض عرف مالكها لم يملكه أحد بل يحفظ حتى يجيء مالكه فإن يئس منه كان لبيت المال.

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا وجد فى موات أو فى شارع أو فى أرض لا يعلم مالكها، أو فى طريق غير مملوك أو فى خربة أو فى ملك من وجده إذا كان منشأ ملكه الإحياء فهو لواجده فى جميع هذه الصور. وكذلك إن وجد فى أرض مملوكة سواء أكانت مملوكة بالإحياء أم بعقد من العقود أو بالميراث فهو للواجد أيضا إن لم يدعه مالك الأرض، فإن ادعاه فهو له إن أقام بينة أو حلف أنه له؛ لأن يده تعد شاهدة له على صحة ما ادعاه حينئذ[1].

(١) كشاف القناع ج ١ ص ٤٦٠.

ومن هذا يظهر أن مبنى رأى الحنابلة هو أنه مال مباح إلا إذا ادعاه مالك الأرض التى وجد فيها وأقام بينة على ذلك أو أقسم أنه له فيكون ملكا له.

ذلك هو رأى رجال الشريعة فى الكنوز. أما رأى رجال التشريع الوضعى فقد جاء فى القانون المدنى المصرى مادة ٨٧٢ ما نصه : الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز أو لمالك رقبته. والكنز الذى يعثر عليه فى عين موقوفة يكون ملكا خاصا للواقف ولورثته. ونص فى المادة ٨٧٣ على استثناء الأشياء الأثرية من هذا الحكم ووجوب تطبيق أحكام اللوائح الخاصة بها عليها.

وجاءت المادة ٨٧٦ مدنى ليبى مطابقة لنص هذه المادة مع زيادة فقرة ثالثة نصها : «وإذا عثر شخص بمجرد الصدفة على كنز فى مال مملوك للغير اقتسمه مع المالك مناصفة» وتعد استثناء من حكم المادة ٨٧٢.

ونص المادة ٨٣٠ مدنى سورى على أن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون ثلاثة أخماسه لمالك العقار الذى وجد فيه الكنز وخمسه لمكتشفه، والخمس الأخير لخزينة الدولة مع مراعاة النصوص الواردة فى القوانين والأنظمة الخاصة بالمناجم والآثار.

ونص فى المادة (٨٣١) التالية على أن الحكم فى الآثار تبينه القوانين الخاصة بها.

وتنص المادة ١١٠١ مدنى عراقى على أن الكنز المدفون أو المخبوء الذى لا يستطيع أحد أن يثبت ملكيته له يكون لمالك العقار إن كانت الأرض مملوكة، وللدولة إن كانت الأرض أميرية، ولجهة الوقف إن كانت الأرض موقوفة وقفا صحيحا.

وعلى هذا نرى أن التشريع المصرى يقضى بأن الكنز ملك لواجده إذا لم يستطع أحد أن يثبت ملكيته ووجد فى أرض مباحة لا مالك لها إلا الدولة مع مراعاة ما جاء فى اللوائح الخاصة بذلك؛ لأنه حينئذ يكون مالا مباحا يملكه من وضع يده عليه بنية تملكه كما تقضى بذلك مادة ٨٧٠ مدنى مصرى، أما إذا وجد فى أرض مملوكة فإنه يكون لمالك رقبة العقار الذى وجد فيه فإن وجد فى أرض

موقـوفة كان ملكا خـاصا للواقف ولورثتـه من بعده، ولم يفرق الـقانون بين كنز إسلامى وكنز جاهلى غير أنه استثنى من هذا الحكم ما يعد أثرا من الكنوز فأوجب فيه تطبيق أحكام لائحة الآثار.

ومن هذا البيـان يتضح ما خـالف فيه القانون أحـكام الشريعة الإسلامـية. وليس بين التشريع المصرى والتشريع الليبى خلاف فى ذلك إلا فى الكنز الذى يعثر عليـه شخص بمجرد الـصدفة فى أرض مملـوكة للغـير، فإن القـانون الليبى جـعله مناصـفة بين واجـده ومالك الأرض. أمـا القانون السـورى فمع أنه لم يفـرق فى الحكم أيضا بين الكنز الإسلامى والكنز الجـاهلى جعل الكنز الذى يوجد فى أرض مبـاحة ولم يسـتطع أحد أن يثبت ملكـيته له - ملكا لواجـده طبقـا للمادة ٨٢٨، والذى يوجد فى أرض مملـوكة يكون ثلاثة أخمـاسه لمالك العـقار الذى وجد فـيه الكنز وخمسه لمكتشفه والخـمس الآخر لخزينة الدولة. وذلك مع مراعاة النصوص الواردة فى المناجم والآثار، أما القانون العـراقى فقد خالف فيـما يوجد من الكنوز فى الأرض المملوكة فجعلها كلها لمالك الأرض فإن كانت أرضا للدولة كانت للدولة وإن كانت وقفـا كانت لجهة الوقف لا للواقف ولا لورثتـه، معنى ذلك أنها تكون وقفا تبعا للأرض لاحقا للمستحقين يصرف لهم.

وخلاصة ما سبق أن القوانين الوضعيـة المطبقة فى البلاد العربية لا تفرق فى الحكم بين الكنز الإسـلامى والجـاهلى. ولعل مبنى ذلـك هو تقادم الزمن وتعـذر الوصول إلى معـرفة من دفنه من المسلمين أو الذميين، وبنى الحكم فـيها تارة على أساس تبـعيته للأرض التى يوجـد فيها لأنه كـالجزء منها فيكون ملكا لمالك الـعقار الذى يوجد فـيه. وهذا ما ذهب إليه التـشريع المصرى والليبى والعـراقى مع فرق بسيط أشير إليـه، وبنى الحكم فيها تارة أخرى على أساس مراعـاة مكانه واستيلاء واجـده عليه، وذلك كـمـا ذهب إليه التـشريع الـسورى. وقـد يكون لاختـلاف الأعراف فى البلاد العربية أثر فى ذلك الاختلاف.

الأرض الموات وإحياؤها

الأرض إذا كان يملكها مسلم أو ذمى وظل متمسكا بها، لم يتملكها أحد إلا عن طريقه وذلك بسبب من أسباب نقل الملكية، غير أنه قد يسوء استغلالها فتزيد نفقاتها على غلاتها أو تتخرب لأى سبب من الأسباب فتصير سبخة أو تنتهى إلى حالة لا تنبت فيها ويعجز مالكها عن إصلاحها وعمارتها فيتركها لذلك ويطول تركه إياها وينتهى الأمر فيها إلى نسيان مالكها فتصبح وليس لها مالك معروف، وليس يعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة فى الإسلام فتركت وجهل مالكها.

ومثال ذلك ما نعرفه الآن من بقايا وآثار المدن الإسلامية البائدة القديمة كالفسطاط، وقد يتركها مالكها بسبب من الأسباب تركا ينتهى بها إلى صيرورتها سبخة لا ينتفع بزراعتها ولكنه يظل معروفا هو أو ورثته.

فإذا تركها مالكها لداعية دعته إلى تركها وكان معروفا وكان تملكه لها بعقد من العقود لم يزل ملكه عنها بذلك الترك على الرغم من تخريبها ولم يجز أن يتملكها أحد إلا عن طريقه.

وإن كان ملكه إياها بالإحياء فكذلك الحكم عند أبى حنيفة وأحمد والزيدية وإليه ذهب سحنون من المالكية إذ لا يسقط ملك بالترك. وقد قال ﷺ : « من أحيا أرضا ميتة ليست لأحد فهى له». وذهب مالك إلى أنها تعود بالترك مع التخرب وعدم العمارة مواتا غير مملوكة كما كانت، وإلى هذا ذهب ابن القاسم، فيملكها من يحييها بعد ذلك. مثلها مثل الصيد ينفلت من صائده ويعجز عن رده ويطول زمن ذلك فإنه يعود متأبدا كما كان، يملكه من يصيده بعد ذلك.

أما إذا تركها مالكها ثم توفى فتركها كذلك ورثته من بعده حتى نسيهم الناس وأصبحت لا يعرف من أمرها إلا أنها كانت مملوكة يوما ما ففى تملكها بالإحياء روايتان عن أحمد : أحدهما أنها لا تملك به إذ إنها لا تزال على ملك صاحبها، وإلى هذا الرأى ذهب مالك.

والرواية الثانية أنها تملك بالإحياء لانتهاء الملك فيها وصيرورتها بذلك أرضا مواتا.

وفى البدائع للكاسانى أن الحنفية قد اختلف فيها رأيهم. فقد روى عن أبى يوسف أنها تملك بالإحياء. وجاء فى تبيين الحقائق على الكنز للزيلعى أنها لا تعد مواتا ولا تملك بالإحياء وإنما تعطى حكم اللقطة. وقد رأى بعض الحنفية أن ذلك لا يتفق مع المصلحة، وذهبوا إلى أنها تكون لجماعة المسلمين أمرها إلى الإمام يتصرف فيها كما يتصرف فى مال بيت المال، وإذا ظهر بعد ذلك مالكها ردت إليه، وهذا ما ذهب إليه محمد.

وعند الشافعى مرجع الأمر فيها إلى الإمام. فقد جاء فى حاشية الرملى على الروض: ولو خربت قرية للمسلمين وتعطلت ولم يعرف ملاك أرضها فهل للإمام أن يعطيها لمن يعمرها؟ وجهان حكاهما القاضى أبو الطيب. وفى الحاوى: ما لا يعرف مالكه ولا يرجى ظهوره فهو لبيت المال، وفى جواز إقطاعه وجهان.

وأما إذا كانت الأرض غير مملوكة لأحد فإن كان يتعلق بها حق ارتفاق بأن كانت قريبة من العمران فكانت مستودع قمامة القرية أو مطرح أتربتها أو مكانا لحصائدها أو محتطبا لها أو مسيلا لمائها أو مسرحا لدوابها أو مناخا لإبلها أو نحو ذلك لم يجز أن تملك بالإحياء. ومناط تعلق الحق بها عند أبى يوسف قربها من القرية وصلاحيتها لذلك فمثل ذلك لا يملك بالإحياء، أما ما بعد عن القرية فإنه يملك بالإحياء لعدم تعلق حق أهل القرية، وتعد الأرض بعيدة إذا كان بينها وبين العمران مقدار غلوة «من ثلثمائة ذراع إلى أربعمائة ذراع».

وفى رواية عنه أنها تكون بعيدة إذا كان من بها لا يسمع جهورى الصوت إذا صاح فى أدنى العمران منها، وذلك ما اختاره السرخسى.

ويرى محمد أن حق أهل القرية لا يتعلق بها إلا إذا اتخذوها مرفقا فعلا، فإذا كانوا لا ينتفعون بها فعلا كانت من الموات يملكها من يحييها وإن كانت قريبة وهذا هو ظاهر الرواية.

وعلى هذا فما يوجد من الأراضى الرملية بجوار المدن مما لا ينتفع به فعلا يعتبر مواتا عند محمد فيملك بإحيائه كالبناء عليه، وليس بموات عند أبى يوسف فلا يملك بالبناء عليه.

وذهب مالك وأحمد إلى أن القريب من العمران لا يملك بالإحياء، ويرى أحمد أن تحديد ذلك متروك لعرف الناس إذا كان الناس لا ينتفعون به، وما عدا ذلك مما لا يتعلق به حق ارتفاق فإنه يعد مواتا.

وعلى ذلك فالأرض الموات التى تعد مباحة تملك بالإحياء هى التى لا يملكها أحد ولم يتعلق بها حق لأحد ولا ينتفع بها : إما لعدم وصول الماء إليها وإما لغلبته عليها وإما لسوء تربتها لأنها أرض سبخة أو كثيرة الحصا وإما لغير ذلك من الأسباب التى حالت دون صلاحيتها للإنبات والانتفاع بها، وإذن فالأرض المملوكة لا تعد مواتا، وكذلك ما يوجد فى وسط البلاد من الميادين وما يقرب منها من الفضاء الذى يرتفق به أهلها.

سبب تملك الأرض الموات - الإحياء - أثره :

يرى كثير من الفقهاء أن الأرض الموات تدخل فى ولاية الإمام العامة. ولهذا يكون له أن يقطعها من شاء ممن يرى أن من المصلحة إقطاعها إياه. وذلك ما يفيد كلام صاحب البدائع وما نقله صاحب البحر عن الفتاوى الغياثية - غير أنها لا تصير بذلك الإقطاع ملكا لمن أعطيت له وإنما يثبت لديه حق احتجازها لإحيائها فى مدى ثلاث سنوات ليملكها بذلك، فإذا مضت دون أن يعمرها بطل حقه وكان للإمام أن يعطيها لغيره.

ويرى مالك أنه يجوز للإمام أن يقطع الأرض الموات لمن يرى فتصير بذلك ملكا له يتصرف فيها تصرف المالك وإن لم يحيها. وهذا ما ذهب إليه الشافعية - وهذا عندهم غير إقطاع الإمام الأرض الموات للإحياء فإنه من باب التحجير ولا يثبت به الملك إلا بالإحياء. وهذا ما ذهب إليه الإمام أحمد إذ لم يجعل للإمام أن يقطع الموات إقطاع تمليك.

والموات من الأرض مال مباح يملك بالاستيلاء عليه، غير أن الاستيلاء عليه لايظهر ولا يتحقق إلابظهور أثره والانتفاع به والعمل فيه؛ ولذا لايكون تملكه إلابإحيائه إذ إن ذلك هو مظهر حيازته، وهذا مايدل عليه قوله ﷺ: «من أحيا أرضا ميتة فهى له»، ويرى أبويوسف ومحمد أن ذلك لايتوقف على إذن الإمام به. وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد، وهذا أيضا رأى مالك فى تملك ما يبعد عن العمران بالإحياء. أما ما يقرب منه فلا يملكه من يحييه إلا بإذن من الإمام حتى لايكون من وراء ذلك نزاع وشغب، ونقل عن سحنون أنه قال: لم أجد لأصحابنا بيانا فى حد القرب والبعد، وأرى أن مالا تدركه المواشى فى غدوها ورواحها بعيد وماتدركه قريب .

ويرى أبو حنيفة رضى الله عنه أن مجرد الاستيلاء على الموات بالإحياء لايكفى فى تملكه بل يشترط لذلك إذن الإمام، وقد استدل له بقوله ﷺ : «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه» وذلك يستوجب الإذن، ولأن ذلك إنما يظهر فيما للإمام عليه ولاية وسلطان ظاهر وهو العقار؛ ولذا كان اشتراط الإذن فى تملك العقار بالاستيلاء خاصا به. وحكمة هذا الاشتراط أن الناس كثيرا ما يرغبون فى إحياء الأرض الموات. واتجاه رغباتهم إلى ذلك قد ينشأ عنه عند الشروع فى الإحياء نزاع وخصام وشغب لتزاحم الرغبات واختلاف الأنظار، فاشترط استئذان الإمام درءا لذلك وهذا ما لا يكاد يوجد فى المنقول. ولنفس هذه الحكمة رأى المالكية كما أشرنا فيما سبق أن الموات إذا كان قريبا من العمران وجب لتملكه بالإحياء إذن الإمام فإن أحياه بلا إذنه أخرج منه فإن الرغبات تتجه إليه وقد تتعارض بخلاف الحال فيما كان بعيدا.

وإحياء الأرض الموات يتم بجعلها صالحة للزراعة أو للانتفاع بها بغير الزراعة وذلك بإزالة الأسباب التى تحول دون ذلك. فإذا كانت مغمورة بالماء كان برفع الماء منها ومنعه عنها بإقامة السدود وصرف الماء، وإذا كانت بعيدة عن الماء محرومة منه كان بإيصال الماء إليها وذلك بشق المجارى وحفر الترع والآبار، وإذا كانت سبخة كان بتحويلها بواسطة الماء والرى ونحوه إلى أرض صالحة للزراعة كما يكون إحياؤها بالبناء عليها بإقامة الأسوار واتخاذها مخزنا أو نحو ذلك من الأعمال التى تجعلها صالحة للانتفاع بها.

وذهب أحمد فى إحدى رواياته إلى أن الإحياء يكون بما يعده العرف إحياء وذلك يختلف باختلاف الأعراف.

ويملك المحيى ما أحياه من الأرض الموات إذا كانت ممتدة غير محدودة، فإن كانت محدودة محصورة ملكها كلها بإحياء ما زاد على نصفها، وعن أبى يوسف أنه إذا كان ما أحياه فى وسطها ملكها كلها بذلك.

وكذلك يكون إحياء الأرض الموات بحفر الآبار فيها أو بإنشاء مراوى المياه تخترقها وكذلك بإنشاء المصارف وبتسويتها. ومن حفر فى أرض موات بئرا كان حريم هذا البئر ملكا له وهو أربعون ذراعا من كل ناحية، فإن صارت عينا يفيض

الماء منها كا حريمها خمسمائة ذراع من كل نـاحية. أما حريم القنوات على جانبيها فيقدر ما يلزم لها عند إرادة إصلاحها ولجميع ما يخرج منها من طين وأحجار عند حفرها وكريها ويصير الحريم ملكا للحافر باعتبار أن ذلك يعد إحياء له.

التحجير :

وإذا عمل فى الأرض الموات من وضع يده عليها عملا لا تصير به منتفعا بها كان ذلك تحجيرا : كأن يضع عليها علامات تدل على سبق يده إليها وعلى شروعه فى عمارتهـا. ومن ذلك تسويرُها بأحجار لم تـتخذ شكل البناء وقطع حشـائشها وأشواكها وحفـر بعض مصارفها وإنزال الماء فيها. وفى اعـتبار بعض هذه الأعمال تحجـيرا لا يكسب ملكـا أو عمارة تملك بهـا - خلاف بين الفـقهـاء مرجـعه إلى العرف. وليـس يترتب على التحـجيـر ملك ولكن يثبت به حق للمـحتـجر، هو أولويته فى إحيائها على أصح الأقوال. ويثبت له هذا مدة ثلاث سنوات من ابتداء عمله فيها، فإذا مضت دون إحياء سقط حـقه كما يسقط كذلك بموته قبل نهايتها. وذلك لقوله ﷺ : « الأرض لله ولرسوله ثم لكم من بعد، فمن أحـيا أرضا ميتة فـهى له وليس لمحـتجـر حق بعـد ثلاث سنين» . - وبذلك قـضى عمـر. ولأن المحتجر إذا مضى عليـه هذا الزمن دون أنيتمكن من الإصلاح دل ذلك على عجزه أو عدم رغبته، ووجب أن ييسر طريق إحيائها لغيره.

وثبـوت حق المحتـجر فى هذه المدة لا يمنع غـيره من تملكهـا بالإحيـاء عند الحنفية وإن كره له أن يفعل ذلك ديانة وخلقا. فلو أخذها قهرا وأحياها ملكها بهذا الإحياء. ومن العلماء من جعل هذا الحق مانعا من تملك غيره إياها طيلة هذه المدة وهو رأى لبعض الحنابلة. ومن العلمـاء من جعل المحتجر مـالكا لها فى هذه المدة ملكا مؤقتـا ينتهى بانتهائها من غيـر إحياء. غير أن انتهـاءها دليل على أنها ملكية حق احتباس لا ملك عين؛ لأن ملك العـين لا يكون مؤقتا، وعلى ذلك لا يكون بين هذا الرأى وسابقه فرق.

هذا ما ذهب إليه فقهاء الشـريعة فى تملك الأرض الموات من حيث إنها مال مـباح. أمـا القوانين الوضـعيـة فى البـلاد العربيـة فلم تذهب مـذهب الشريعـة الإسلامـية. بل قـيدت هذا السـبب الخاص بتـملك الأرض الموات بقيـود عديدة اختلفت فيها قوانين البلاد العربية التى عرضت لهذا الموضوع : كالجمهورية العربية المتحدة، والجمـهورية السورية، والجمهورية اللبنانية - أمـا التقنين العراقى والتقنين الليبى فلم يعرضا لهذا الموضوع.

ففى الجمهورية العربية المتحدة تنص المادة ٨٧٤ مدنى مصرى على ما يأتى:

١ - الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة.

٢ - ولا يجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للوائح.

٣ - إلا أنه إذا زرع مصرى أرضا غير مزروعة أو غرسها أو بنى عليها تملك فى الحال الجزء المزروع أو المغروس أو المبنى ولو بغير ترخيص من الدولة، ولكنه يفقد ملكيته بعدم الاستعمال مدة خمس سنوات متتابعة خلال الخمس عشرة سنة التالية للتملك.

وبناء على ذلك كانت جميع الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها فى الجمهورية العربية المتحدة تعد بمقتضى هذه المادة ملكا للدولة وخرجت بهذا عن أن تكون مالا مباحا، ووجب لكسب ملكيتها طبقا للقواعد العامة أن يكون عن طريق مالكها بسبب ناقل للملكية لا بسبب الاستيلاء والعمارة. وملكية الدولة لهذه الأرض لا تستند إلى سبب من أسباب كسب الملكية المعروفة المقررة، وإنما تستند إلى القانون مؤسسة على الولاية والسلطان العامين.

والعقارات التى تملكها الدولة أنواع ثلاثة :

الأول : ما يعد منها من الأموال العامة : كالقناطر والجسور والميادين والطرق وما إلى ذلك. وهذه لايجوز التصرف فيها أو تملكها بالتقادم (م ٨٧ / ٢ مدنى مصرى) وهو حكم متفق وما تقضى به الأحكام الشرعية.

والثانى : العقارات التى تعتبر من الأموال الخاصة المملوكة للدولة بصفتها شخصا اعتباريا، أو لهيئة من هيئاتها العامة على هذه الصفة. وهى العقارات التى تدخل فى زمام القرى والمدن وتباشر الدولة عليها غالبا سلطات المالك كالعقارات التى تركها ملاكها بوفاتهم عن غير وارث، وما تنحسر عنه مياه الأنهار من الجزر وما يطرحه النهر من الأرض، وهذه يجوز التصرف فيها من الدولة طبقا للوائحها ولكن لا يجوز تملكها بالتقادم م ٩٧٠ مدنى مصرى معدلة بالقانون رقم ٥٧/١٤٧ والقانون ٣٩ لسنة ١٩٥٩ إذ صار نصها أخيرا : فى جميع الأحوال لا تكتسب حقوق الإرث بالتقادم إلا إذا دامت الحيازة مدة ثلاث وثلاثين سنة. ولا يجوز تملك

الأموال الخاصة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتباريين العامة. وكذلك أموال الأوقاف الخيرية أو كسب أى حق عليها بالتقادم، كما لا يجوز التعدى عليها، وفى حالة حصول التعدى يكون للجهة صاحبة الشأن حق إزالته إداريا بحسب ما تقتضيه المصلحة العامة. وهذا النوع من العقار لا يجوز تملكه بالاستيلاء عليه لأنه لا يعد مباحا بل مالا مملوكا للدولة.

والثالث : هو ما عدا هذين النوعين من الأراضى غير المزروعة مما لا يكون فى ملك أحد ويعتبر مملوكا بمقتضى المادة ٨٧٤ مدنى مصرى. وهذا النوع هو ما يعبر عنه فى الفقة الإسلامى بالأرض الموات. وقد نص القانون على جواز التصرف فيه من الدولة وعلى جواز تملكه بالتقادم فى الحدود التى يقررها القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الخاص بتنظيم الأراضى الصحراوية، ومقتضى اعتباره ملكا للدولة أنه لا يملك شرعا بالاستيلاء عليه مع العمارة، ولكن القانون أجاز تملكه بالاستيلاء عليه المصحوب بزراعته أو غرسه أو بالبناء عليه وجعل ملكيته قابلة للزوال بعدم استعماله مدة خمس سنوات متتابعة خلال السنوات الخمس عشرة التالية للتملك، كما أجاز تملكه بترخيص من الدولة فى حدود ما تنص عليه القوانين واللوائح الخاصة بذلك. ومن ذلك القانون رقم ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ الذى يوجب لجواز ذلك أن يكون بترخيص من وزير الحربية، وذلك فضلا عن حق تملكه بالتقادم أو فيما حدده القانون لذلك من الأراضى. وتنص المذكرة الإيضاحية على أن المطلوب ممن يعمر الأراضى بغية تملكها بالاستيلاء عليها أن يزرع أو يبنى وفقا لما يمكن أن تعد له الأرض من أغراض فيكفى أن يجعلها مرعى أو أن يسورها أو ينصب فيها خياما متنقلة (ص ١٩٧ ج ٦ مذكرة مجموعة الأعمال التحضيرية) وفى اعتبار مجرد التسوير أو نصب الخيام المتنقلة من قبيل البناء على الأرض الوارد فى المادة - تجوز وتوسع لا يحتمله اللفظ.

وفى التقنين الليبى تنص المادة ٨٧٨ على أن الأراضى غير المزروعة التى لا مالك لها تكون ملكا للدولة ولايجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها إلا بترخيص من الدولة وفقا للقوانين واللوائح، وبمقتضى هذا لايجوز تملك الأرض الموات بالاستيلاء عليها ولو مع عمارتها؛ لأنها ليست مالا مباحا بل تعد بمقتضى القانون ملكا للدولة، ولكن القانون الليبى أجاز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليها بترخيص من الدولة، سواء أقام المالك بعمارتها أم لا .

وذهب التقنين السـورى فى مادته ٨٣٢ مدنى سورى إلى أن الأراضى غـير المزروعة التى لا مـالك لها تكون ملكا للدولة، ولا يـجوز تملك هذه الأراضى أو وضع اليد عليهـا إلا بترخيص من الدولة وفقا للقـوانين. وجاء فى مادته ٨٣٣ أن الاستيـلاء على العقار يخول أول من يشغله بناء علـى ترخيص قانونى من الدولة حق تفضيله على من سواه لاكتساب حـق التصرف فى العقارات المحلولة الخالية لا حق الملكية. وجـاء فى المادة ٨٣٤ أن صاحب حق الأفضلية إذا أثبت بعـد انقضاء ثلاث سنوات أنه أحيا أرضا أو بنى عليها أبنية أو غرس فيها أغراسا أو رتبها ضمن الشروط المعينة فى الأنظمـة الخاصة بأملاك الدولة فإنه يكتسب مـجانا حق تسجيل التصرف على القسم الذى أحياه أو غرسـه أو أنشأ عليه أبنية أو رتبه - ويفقد حق التصرف إذا توقف بعـد التسجيل وفى خلال العـشر سنوات التالية للتـسجيل عن استعمـال حقه مدة ثلاث سنوات متوالية - وقد قـدمنا أن حق التصرف فى النظام السـورى يكون متـعلقـا بالأرض إذا كانت ملكا للدولـة، ويجعل لصـاحبـه حق التصرف فـيها على الوضع الذى سبق شرحه، وعلـى هذا جرى التقنين اللبنانى م ٢٣٤، ٢٣٥ ملكية عقارية لبنانى.

الحيـــازة

يعرفها رجال القانون بأنها سلطة فعـلية أو واقعية يباشرها الحائز على شيء، بحيث تكون فى مظهرهـا الخارجى وفى قصد الحائز مزاولة لـلملكية أو لحق عينى آخر : سواء أكانت هذه السلطة مستندة إلى حق أو غـير مستندة إلى حق فالسارق والغاصب يعد كل منهما حائزا لما سرقه أو غصبه إذا تحقق له هذا المظهر فى سلطته على الشيء المغصـوب أو المسروق. ومن ثم كانت الحـيازة مجـرد وضع فعلى أو واقعي ينطوى على مبـاشرة سلطة على الشيء المحوز[1]، وكان لابد لتحـققها من مضى زمن يتحقق فيه هذا المظهر.

ولذا لا تقوم على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد رخصة من المباحات أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح م ٩٤٩ مدنى مصرى، ٩٥٣ مدنى ليبى، م١١٤٥ مدنى عـراقى - ذلك ما يراد منها فى لسـان رجال التشريع الوضـعى. أما فقهاء الشريعة فليس لهم اصطلاح خاص ولا يريدون بها إلا مجرد وضع اليد على الشيء والاستيلاء عليه فى صوره المخـتلفة وهو المعنى اللغوى للكلمة. ومن ثم لم يكن عندهم فى الاستعمال فرق بين حيازة المال والاستيلاء عليه، واستعملوا إحدى الكلمـتين مكان الأخرى فى كـلامهم على تملك المال المـباح بالاسـتيلاء علـيه أو بحيازته. ويرى من هذا أن استعمالهم للفظ حـيازة فى أساليبهم المختلفة لا يراد به إلا القبض ووضع اليد وذلك عام يتناول المعنى الاصطلاحى القانونى السالف الذكر وغيره.

ويرى رجال القانون أن الحـيازة تؤدى إلى كسب الملكية بالتـقادم الطويل فى كل من العقار والمنـقول، كما تؤدى كذلك إلى كـسب الملكية بالتقادم القـصير فى العقار إذا اقـترنت بحسن النية واستنـدت إلى سبب صحيح. أما فى المنقـول فإنها تؤدى إلى كسب الملكيـة فى الحال دون اشتـراط تقادم، م ٩٦٨ مدنى مصـرى وما بعدها، م ٩٧٢مدنى ليبى وما بعدها، م ٩١٧٠ مدنى سورى وما بعدها.

وكما يترتب عليه كسب الملكية عند توافر شروطه يترتب عليه كذلك سقوط الحق عند توافر مـا نص عليه القانون من الشـروط لذلك، إذ يكون فى هذه الحالة

---

(١) الملكية للدكتور الصدة ص ٥١٢.

وسيلة لانقضاء حق يسكت صاحبه عن اقتضائه أو استعماله مدة معينة وبه تسقط جميع الحقوق المالية سواء أكانت عينية أم شخصية أم معنوية ما عدا حق الملكية فهو الحق الوحيد الذى لا يسقط بعدم الاستعمال وإنما يفقده صاحبه بتقادم مكسب يتم لصالح غيره الذى يحوز الشيء الذى هو موضوعه.

والتقادم الطويل وهو الذى يسرى على العقار والمنقول وبه يتم للحائز أن يكسب ملكيته مدة الحيازة فيه خمس عشرة سنة مستمرة. والقصير، وهو الذى لا يسرى إلا على العقار مدة الحيازة فيه خمس سنوات، أما الكلام فى الشروط والآثار والأحكام على وضع تفصيلى فمحله الدراسة القانونية البحتة.

ويرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الحيازة للأموال المملوكة أو التى تعلقت بها تمنع من تملكها بالاستيلاء عليها لا تصلح سببا لملكيتها ولو مع توافر التقادم الذى يشترطه رجال القانون فلا يكتسب حق للغير بحيازته أو بحيازة محله مهما طال زمنها، ولا يسقط حق يترك المطالبة به وإن طالت مدتها. واكتساب الحقوق أو سقوطها بالتقادم حكم ينافى العدالة والخلق ويكفى فى ذلك أن يصير به الغاصب أو السارق مالكا بعد حيازته لما غصب أو سرق مدة معينة، وأنه يحول بين الحق وصاحبه لتركه المطالبة به مدة من الزمن، فى حين أن مضى الزمن ليس من شأنه أن ينشئ حقا أو يسقط حقا.

ولكن رجال التشريع الوضعى كان ذهابهم إلى ما ذهبوا إليه فى ذلك قائما على أسباب ودواع لها من القوة والأهمية بحيث صار ما دعت إليه من هذه الأحكام مصلحة اجتماعية اقتصادية لا ينبغى إهمالها فى نظرهم - ذلك لأن القول بالتقادم وما رتبوا عليه من آثار يرجع فى نظرهم إلى اعتبارات فردية وأخرى اجتماعية تتصل بالمصلحة العامة. فمن الناحية الفردية يرون فى تفسيره أنه قرينة على إسقاط الحق وتركه، فمن يترك ملكه فى يد غيره مدة معينة ويسكت عن المطالبة به طيلة هذه المدة يفترض فيه أو يظن أنه قد ترك حقه وأسقطه استنادا إلى تأييد العرف وعادات المعاملة، كما يرون أن التقادم المكسب للحق يعد قرينة على ثبوته لمن هو فى يده، والتقادم المسقط له يعد قرينة على الوفاء به أو على إسقاطه.

ومن الناحية الاجتماعية قيل إنه نظام يؤدى إلى الاستقرار فى المجال الاقتصادى وقطع المنازعات، وبدونه لا يطمئن مالك إلى بقائه مالكا ولا مدين إلى براءته من دين كان عليه. فلو كان على الإنسان أن يطالب بحقه مهما مضى من زمن على تركه المطالبة لأدى ذلك إلى زعزعة المراكز المالية واضطراب فى المعاملات وهو أمر يبعث على الفوضى والاضطراب.

وفضلا عن ذلك فإن التقادم يحل إشكالا كبيرا فيما يتعلق بالإثبات، ولاسيما إثبات الملكية؛ إذ من المعروف أن إثبات الملكية كثيرا ما تعترضه صعوبات جمة، ففى كثير من الأحوال يتعذر على المالك أن يقيم الدليل على ملكيته وذلك حين لا تتوافر لديه المستندات المثبتة لها بسبب مضى الزمن وانتقالها من مورث إلى وارث وتعاقب ذلك فى الأزمان المنقضية مما لا يستطاع حصره ولا متابعته فى كثير من الأحوال، ومن ثم يتعذر عليه الدفاع عن حقه.

ولكن الأخذ بنظام التقادم من شأنه أن ينهى هذه الصعوبات ويحل هذه الإشكالات؛ إذ يكتفى فى مثل هذه الأحوال بإقامة الدليل على حيازة استمرت المدة التى يتطلبها القانون لكسب الحق المدعى. ولا شك أن المصلحة الاجتماعية تدعو إلى الأخذ بهذا النظام قطعا لمثل هذا الشغب والنزاع وتيسيرا على الناس.

وكذلك الوضع فى صاحب حق استولى عليه غيره فتركه دون مطالبته به مدة طويلة إذ يعد ذلك قرينة على انتهاء الحق بالوفاء أو بإسقاطه، وإلا لأصبح المدين مهددا بالمطالبة إذا لم يكن لديه وثيقة وفاء به أو إسقاط به. وحسب الشارع أن أتاح لصاحب الحق مدة كافية لكى يسعى إلى اقتضاء حقه والحيلولة دون فقده بسبب التقادم. وبهذا المبدأ أخذ التقنين اللبنانى م/٢٥٧ قانون الملكية العقارية.

ولم ير فقهاء الشريعة ذلك مسوغا لأن تجعل الحيازة مع التقادم سببا لاكتساب حق أو لسقوطه، ورأوا أنه يكفى لرفع الضرر الذى أشير إليه أن يجعل ذلك سببا لعدم قبول الادعاء بالحق بناء على أن الادعاء فى هذه الحال وفى مثل هذه الظروف دعوى يكذبها الظاهر، وأن مدعيها مبطل فيما يظهر. وليس من الحكمة إضاعة الوقت فى نظرها وبحثها مع ظهور وجه العدالة فيها. والحكم فى مثل هذه الدعوى يكون بعدم سماعها سدا لباب التزوير والدعاوى الباطلة بالقدر الممكن وإبقاء الحال على ما هى عليه. ولذا كان القضاء فى مثل هذه الدعاوى من قبيل القضاء بالترك.

وهذا ما تدل عليه عبارة المبسوط كما نقلها صاحب الفواكه البدرية : وهى رجل ترك الدعوى ثلاثا وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الادعاء ثم ادعى لا تسمع دعواه؛ لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهرا. وكان ذلك مبدأ مقررا فى كثير من المذاهب الفقهية وهو عدم سماع الدعوى التى يكذبها الظاهر، وإن اختلفوا فى بيان الأوضاع والصور والشروط التى يتحقق معها تكذيب الظاهر للدعوى. وكان المالكية فى هذا أوضح بيانا وأكثر تفصيلا وأقرب إلى ما ذهب إليه التشريع الوضعى، فقالوا إن الحيازة على قسمين : حيازة مع جهل الحائز من إليه يرجع أصل ملكه لما يحوزه، وحيازة مع علمه ذلك. فالحيازة الأولى تتحقق بوضع اليد عشرة أشهر فأكثر سواء أكان المحوز عقارا أو منقولا، والثانية لابد فيها من عشر سنين فأكثر فى العقار، وعامين فأكثر فى المنقول من الدواب والعبيد والثياب ونحو ذلك. ولابد فى إثبات الحيازة بنوعيها من الشهادة عليها وعلى وضع اليد على العين المحوزة وعلى تصرف الحائز فيها تصرف الملاك فى أملاكهم ونسبتها إلى حائزها على أنها مملوكة له فى زعمه وفى أقوال الناس دون منازعة له فى ذلك طيلة المدة وهى المدة التى أشرنا إليها فيما سبق. فإذا قامت البينة على الحيازة بهذه الصورة كانت هذه الحيازة حجة على من لم يغب عن البلد التى بها العين المحوزة طيلة المدة واعتبرت دالة ظنية على أن العين المحوزة ملك لحائزها، وعند ذلك يقضى له بها قضاء ملك لا قضاء ترك فى يده، ويسقط حق المنازع الحاضر فيها وتبقى العين المحوزة بيد حائزها دون أن يكلف بيان وجه تملكه إياها.

وإذا ثبتت الحيازة الأولى فى عشرة أشهر فأكثر مع توافر هذه الشروط لم تقطعها حيازة بعدها إلا أن تكون حيازة عشر سنين لا يعلم معها أصلها الذى تسند إليه، فإن علم أصلها بكراء أو إسكان أو نحو ذلك لم تقطعها ولو طالت. ويرى ابن رشد أن مجرد الحيازة بشروطها لا تنقل الملك اتفاقا ولكن تعد دليلا عليه كمعرفة العفاص والوكاء فى التعرف على اللقطة. ويرى ابن رحال أن ما ذهب إليه

ابن رشد فى ذلك غير صحيح وأن الملك ينتقل إلى الحائز بالحيازة، ولكن ما ذهب إليه ابن رحال لا يتفق مع النقول المختلفة عن أهل المذهب فى ذلك. وبالقضاء للحائز تنقطع حجة من يعارضه وإن ثبت أنه كان مالكا قبل الحيازة فلا تقبل دعواه ولا بينته وإن سلمت من الطعن.

وجملة القول أن الأجنبى إذا حاز عقارا أو منقولا المدة المقررة وظهر فيها بمظهر المالك من نسبته ما حازه إلى نفسه ومن تصرفه فيه تصرف الملاك لم يكن لمن كان حاضرا ذلك وشاهدا له طيلة المدة دون منازعة منه ودون مخاصمة فى أثنائها بلامانع أن يدعى ملك هذا المحوز، وكان إثبات هذه الحيازة كافيا فى القضاء للحائز بالملك. ومن هذا البيان يتضح أن الحيازة لا تعد سببا ناقلا للملك كما ذهب ابن رشد وإنما تعتبر دليلا عليه؛ ولهذا لا يكون ترك المحوز فى يد الحائز قضاء ترك كما يرى الحنفية ولكنه قضاء بملك قام عليه الدليل[1]. وجملة القول أن الحيازة لا تعد سببا من أسباب نقل الملكية فى الشريعة الإسلامية، وإنما تعد دليلا عليه على أوضاع وشروط تختلف باختلاف آراء الفقهاء؛ ولذا فقد تكلموا عليها فى الدعوى وطريقة إثباتها.

وقد مال إلى النظرية الشرعية القانون العراقى فقد عرفها فى م ١١٤٥ بأنها وضع مادى به يسيطر الشخص بنفسه أو بالوساطة سيطرة فعلية على شىء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقا من الحقوق، ولا تقوم على عمل يأتيه الشخص على أنه مجرد إباحة أو عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح، وكذلك لا تقوم على أعمال منقطعة، ونص فى المادة ١/١١٥٧ على أن من حاز شيئا اعتبر مالكها له حتى يقوم الدليل على عكس ذلك. وعلى ذلك تكون الحيازة أمارة على الملكية القائمة للحائز ولا تعد منشئة للملكية ولا ناقلة لها. وجاء فى المادة ١١٥٨ أن الحائز لعقار أو منقول مدة خمس عشرة سنة مستمرة مانعة من سماع دعوى الملك فيه من الغير عند الإنكار إذا لم يكن للمدعى فى تلك المدة عذر شرعى منعه من الادعاء،ولم يكن المحاز غير مسجل فى دائرة الطابوا باسم الحائز باعتباره مالكا له، وتنقص هذه المدة إلى خمس سنوات إذا اقترنت الحيازة بحسن النية واستندت إلى سبب صحيح بأن استندت إلى أحد الأسباب الآتية :

(١) شرح البهجة ج ٢ ص ٢٣٧ وما بعدها.

الاستيلاء على الأرض الموات - انتقال الملك بالإرث أو بالوصية - انتقال الملك بالهبة - انتقال الملك بالبيع أو بالفراغ عنه. وإنما يشترط حسن النية وقت تلقى الحق.

ويكفى فى اعتبار حيازة المنقول سببا مانعا من ادعاء الملك فيه أن تستند إلى سبب صحيح مع توافر حسن النية، وتعد حيازته قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح ما لم يقم الدليل على عكس ذلك م ١١٦٣ مدنى عراقى.

تملك اللقطة :

ومما يتصل بموضوع التملك بالاستيلاء تملك اللقطة، وهى : مال معصوم وجد فى مكان معرض فيه للضياع، وفى حكمه اختلف الفقهاء.

فذهب **الحنفية** إلى أنها لا تملك بل تبقى على ملك مالكها إذ إن تركها أو وجودها فى مكان تتعرض فيه للضياع لا يزول به ملك مالكها. وعلى ذلك فهى على ملكه حتى يحضر فتعطى له، غير أنه ذكر فى (الهداية) أنها إن كانت شيئا يعلم عادة أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان ويكون إلقاؤها إباحة للانتفاع بها، ولذا جاز الانتفاع بها، من غير تعريف لها مع بقائها على ملك مالكها إذ لا نقطع بأن المالك قد ألقاها رغبة عنها فلزم مراعاة استمساكه لها استصحابا لحاله السابقة.

وذهب **الشافعية** إلى أن ما يلتقط من المال تافها أو غير تافه يجوز لملتقطه أن يتملكه بعد تعريفه المدة الواجبة لتعريفه ويتملكه بقوله تملكته على رأى، وفى رأى آخر أن يتملكه بمجرد مضى مدة التعريف دون حاجة إلى صدور عبارة منه تفيد إرادة تملكه، وقيل يكفى فى تملكه ظهور نية فى ذلك بأى عمل يصدر منه، ومع ذلك فإذا ظهر مالكه بعد ذلك أخذه إن وجده وإلا أخذ قيمته إن استهلك. ومؤدى ذلك أن الملتقط يتملكه عندئذ ببدله. ومدة تعريفها سنة للخبر الصحيح. ويعرفها فى أثنائها على العادة فى ذلك،وفى المال الحقير يعرف مدة يظن فيها أن فاقده يعرض عنه غالبا «نهاية المحتاج ج ٥».

وذهب **الحنابلة** إلى أنها تملك بالتقاطها دون حاجة إلى تعريف إن كانت مما لا تتبعه رغبة أوساط الناس كالرغيف ونحوه فإن ظهر صاحبه أعطى له إن كان موجودا ولم يستحق شيئا على مستهلكه لأنه قد استهلك ما يملك، أما ما عدا

ذلك من الأموال فلايملكه ملتقطه إلا بتعريفه سنة دون أن يعرف مالكه، وهو لمالكه بعد ذلك إن ظهر وكان موجودا فإن كان قد استهلك فله قيمته. ورأى المالكية قريب من هذا. ونتيجة ذلك أن اللقطة لا تعد مالا مباحا بإطلاق يملك بالاستيلاء عليه، وإنما تكون كذلك إذا تركها صاحبها فى مكان تعرضت فيه للضياع وكانت من التافه الذى لا تتبعه رغبة الناس على رأى بعض الفقهاء.

وتنص المادة ٨٧٣ مدنى مصرى على أن الحق فى اللقطة تنظمه لوائح خاصة وهو ما نص عليه فى المادة ٨٣١ مدنى سورى والمادة ١١٠٣ مدنى عراقى والمادة ٨٧٧ مدنى ليبى.

والتنظيم العام المصرى فى هذه المسألة هو ما تضمنه الأمر العالى الصادر فى ١٨ مايو سنة ١٨٩٨ الواجب التطبيق فى كل حالة لم يرد فى شأنها تنظيم خاص وهو يقضى بأن كل من عثر على شىء أو حيوان ضائع ولم يتيسر له رده إلى صاحبه فى الحال أن يسلمه أو أن يبلغ عنه إلى أقرب نقطة بوليس فى المدن فى ظرف ثلاثة أيام أو إلى العمد فى القرى فى ظرف ثمانية أيام، وإلا حكم عليه بغرامة يجوز إبلاغها إلى مائة قرش كما يضيع حقه فى المكافأة، وإذا كان قد احتفظ بالشىء أو الحيوان بنية تملكه فإنه يعتبر سارقا أما إذا سلم الشىء أو الحيوان فإنه يستحق مكافأة قدرها عشر القيمة، وإذا لم يطلب المالك الشىء الضائع خلال سنة أو الحيوان المفقود فى مدة عشرة أيام تبيع الإدارة الشىء أو الحيوان بالمزاد، وإذا كان الشىء قابلا للتلف قبل مضى ميعاد السنة جاز بيعه في ميعاد أقصر يعينه المحافظ ويبقى الثمن محفوظا على ذمة المالك ثلاث سنوات وإذا طلبه المالك يسلم إليه بعد خصم مصروفات الحفظ والبيع وقيمة المكافأة المدفوعة لمن عثر على الشىء أو الحيوان وبعد مضى ميعاد الثلاث سنوات من تاريخ البيع يضاف الثمن إلى أملاك الدولة[1].

---

(١) الملكية للدكتور الصدة ص ١٢.

الإقطاع

يراد به إقطاع الإمام أى إعطاؤه شخصا بغير عوض مالا لبيت المال أو غير مملوك لأحد على وجه التمليك لرقبته أو على وجه الانتفاع به.

وهو كما يكون سببا لتملك رقبة المال، يصلح سببا لتملك منفعته دون رقبته. وقد سبق الكلام عليه عند كلامنا على الملكية الشائعة فى المنافع وبيان أسباب تملك المنفعة وذلك باعتباره سببا لتملك المنفعة على وجه الشيوع بين أكثر من مالك.

أما صلاحيته لتملك العين فيدل عليه ما جاء فى حاشية ابن عابدين على الدر المختار نقلا عن الخراج لأبى يوسف : للإمام أن يقطع كل موات وكل ما ليس فيه ملك لأحد ويعمل فيه بما يرى أنه خير للمسلمين وأعم نفعا. وفى موضوع آخر قال : كل أرض ليست لأحد وليس عليها أثر عمارة جاز للإمام أن يقطعها رجلا ليعمرها، فإن كانت فى أرض الخراج أدى المقطع عنها الخراج، وإن كانت عشرية كان فيما يخرج منها من الزرع العشر. وقال أيضا: وكان عمر -رضى الله عنه- يقطع مما اصطفاه من أموال كسرى وكل من فرّ عن أرضه أو قتل فى المعركة وكل مفيض ماء أو أجمة، وذلك بمنزلة المال الذى لم يكن لأحد ولا فى يد وارث. وللإمام العادل أن يجيز منه ويعطى من كان له غناء فى الإسلام ويضع ذلك موضعه ولا يحابى به فكذلك هذه الأرض فهذا سبيل القطائع عندى فى أرض العراق وإنما يؤخذ منها العشر لأنها بمنزلة الصدقة اهـ.

قال ابن عابدين : وهذا صريح فى أن القطائع قد تكون من الموات وقد تكون من بيت المال لمن هو من مصارفه، وإن المقطع له يملك الرقبة. ويدل على ذلك أيضا قوله فى موضع آخر : وكل من أقطعه الولاة المهديون أرضا من أرض السواد وأرض العرب أو الجبال من الأصناف التى ذكرنا أن للأئمة أن يقطعوا منها فلا يحل لمن يأتى بعدهم من الخلفاء أن يسترد ذلك ويرده، ولا يخرجه ممن هو فى يده وارثا كان أم مشتريا، ثم قال : والأرض عندى بمنزلة المال، وللإمام أن يجيز من بيت المال من له غناء فى الإسلام ومن يقوى به على العدو ويعمل فى ذلك بالذى يرى أنه خير المسلمين وأصلح لأمرهم، وكذلك الأرض يقطع الإمام منها من أحب من الأصناف.

ونتيجة ذلك أن أبا يوسف يرى أن الإقطاع من الإمام على وجه تمليك الرقبةجائز، سواء أكان ما يعطيه الإمام عقارا أم منقولا، وليس هذا محل اتفاق عند الحنفية. فقد نصوا على أن إقطاع الموات لا يفيد ملكا وإنما يفيد حقا هو حق التحجير، كما نص على ذلك فى البدائع.

وفى ابن عابدين إذ جاء فى حاشيته : أن إقطاع الإمام من أراضى بيت المال لا يفيد ملك الرقبة بل تبقى على ملكه. ويكون للمقطع له أن ينتفع بالأرض وليس له أن يتصرف فيها إلا بإجارتها لأنها من طرق الانتفاع، أما إقطاعه شخصا من الأموال المنقولة لبيت المال فقد منعه محمد وأجازه أبو يوسف، ويظهر أن محل ذلك الخلاف إذا لم يكن المقطع له مصرفا لبيت المال لأنه لو كان مصرفا كان هذا من قبيل إعطاء من يستحق حقه ا هـ .

وذهب محمد إلى أن إقطاع الإمام أرضا لبيت المال لمن ليس مصرفا له لا يجوز؛ لأن ذلك إعطاء المال لمن لا يستحقه. وتصرف الإمام منوط بالمصلحة وليس منها الاعتداء على الحقوق. وذلك ما أشار إليه الرافعى فى تقريره على ابن عابدين «البدائع ج ٦ ص ١٩٤، ابن عابدين ج ٣ ص ٢٩٠، وتقرير الرافعى ج ٢ ص ٥٩».

مذهب المالكية فى الإقطاع :

ويرى المالكية أن تصرف الإمام منوط بالمصلحة وبألا يخرج مال بيت المال عن وجهه؛ ولهذا لايجوزون للإمام أن يقطع أحدا من بيت المال شيئا إلا أن يكون مصرفا له، وإذا فعل ذلك فأعطى من هو مصرف له فسواء أقطعه على أن تبقى رقبة المال لبيت المال ولمن أقطعه منفعته، أم على أن يملكه الرقبة فإنه فى هذين الحالين يجب مراعاة ما يستحقه المقطع له فلا يزاد عليه وإذا زاد عليه، لم تحل له الزيادة وعليه أن يردها لبيت المال[1].

أما الأرض الموات فيجوز للإمام أن يقطعها لمن يرى أن من المصلحة إعطاءها إياه فتصير ملكا له[2] وفى هذه الحال يكون الإقطاع سببا من أسباب الملك عند المالكية.

(١) تهذيب الذوق ج ٣ ص ٧ .

(٢) منح الجليل ج ٤ ص ١٥ .

مذهب الشافعية:

يرى الشافعية أن للإمام أن يقطع رقبة الأرض الموات لمن يرى أن المصلحة فى إقطاعه فيملك بذلك رقبتها. وفى هذه الحال يكون الإقطاع سببا لتملك الرقبة وله أن يقطعها للعمارة فيكون للمقطع له حق التحجير، وعندئذ لا يملك الأرض إلا بإحيائها[1] وإلى هذا ذهب المالكية[2].

أما الإقطاع من بيت المال فلا يفيد المقطع له ملك الرقبة عند الشافعية على القول المختار وإنما يفيد ملك المنفعة، ولذا جاز للإمام استرجاعه، ثم هو مقيد عرفا بحياة المقطع له فلا يورث وإنما يرد إلى الإمام[3].

الحنابلة :

يقسم الحنابلة الإقطاع ثلاثة أنواع : إقطاع تمليك وإقطاع استغلال وإقطاع إرفاق. فإقطاع التمليك عندهم يكون فى الموات والعامر والمعادن. وإقطاع الاستغلال يكون لأخذ العشر أو الخراج نظير الانتفاع. والإقطاع فى الموات لا يفيد ملكا إلا بالعمارة وإنما سمى تمليكا نظرا لمآله وإنما يفيد حق الأولوية فى العمارة كالتحجير. ويجوز للإمام إقطاع الأراضى والدور والمعادن التى لبيت المال لمن يرى متى وجد المصلحة فى ذلك،وإذا أقطع أرضا لمصلحة رآها ثم تغير الحال كان له استردادها لأن الحكم يدور مع علته وجودا وعدما، وذلك دليل أنه لا يعتبر تمليكا وإنما يفيد حق انتفاع عندهم.

أما إقطاع الإرفاق فعبارة عن إقطاع الجلوس فى الطرق الواسعة ليصير المقطع له أولى من غيره بالجلوس فيما خصص له. كشاف القناع ج٢ ص١١٢ و ج١/ ٦٩١.

---

(١) النهاية والشبراملسى ج ٥ / ٣٢٩ .

(٢) الشرح الكبير وكشاف القناع فى إحياء الموات.

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ٣٨٢.

الشفعة

الشفعة فى اللغة مأخوذة من الشفع، وهو الضم والزيادة، يقال : شفعت الشىء شفعا من باب نفع ضممته إلى الشىء الفرد فصار به شفعا. وشفعت الركعة جعلتها ثنتين. ومن هنا أخذت الشفعة لأن صاحبها يشفع ماله بها فيضم إليه مالا غيره.

وللشفعة استعمالان : أحدهما إطلاقها على المال المشفوع أى المأخوذ. ثانيهما تملك المال وأخذه من مشتريه عند توافر شرائطه، قال صاحب الصحاح : ولا يعرف لهذا المعنى فعل. والشفيع صاحب الشفعة وهو من له حق التملك بها وجمعه شفعاء.

وهى فى لسان الشرعيين : حق تملك العقار المبيع من مشتريه بما قام عليه من الثمن والمؤن رضى أم أبى. وذلك على ما ذهب إليه جمهور الفقهاء إذ يرون أن حق الشفعة لايثبت إلا فى العقار.

فإذا باع أحد الشريكين فى عقار حصته فيه لثالث ثبت للثانى حق أخذها من مشتريها بما اتفق عليه من الثمن مضافا إليه ما استتبعه شراؤها من مؤن ضرورية، طابت بذلك نفسه أم أبى.

وسمى هذا الحق بالشفعة، وسمى صاحبه بالشفيع، كما تسمى الحصة المبيعة فى لسان الفقهاء باسم المشفوع أو المشفوع فيه، وكما تسمى حصة الشفيع فى العقار المشترك بالمشفوع به.

ويستعمل بعضهم (شفع) بمعنى طلب الأخذ بالشفعة :

شرعها - دليل ثبوت هذا الحق شرعا، ما رواه البخارى عن جابر بن عبدالله قال : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة[1]. وما روى من آثار عديدة فى ثبوت هذا الحق، وستأتى الإشارة إلى بعضها عند بياننا من يثبت له حق الشفعة.

(١) صرفت الطرق : أى بينت مأخوذ من التصريف وهو البيان.

قال ابن المنذر[1]: أجمع أهل العلم على ثبوت حق الشفعة للشريك الذى لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط. وفى المغنى لابن قدامة الحنبلى[2]: أنه لا يعلم فى ثبوتها خلاف لأحد إلا لأبى بكر الأصم[3] ومثله فى نيل الأوطار.

ومن الشريعة الإسلامية استمدت القوانين الوضعية المطبقة فى بعض البلاد العربية أحكام الشفعة. فعرفها القانون المدنى المصرى فى المادة ٩٣٥ بأنها رخصة تجيز فى بيع العقار الحلول محل المشترى فى الأحوال وبالشروط المنصوص عليها فى المواد التالية. وتطابق هذه المادة ٩٣٩ مدنى ليبى. وعرفها القانون العراقى فى مادته ١١٢٨ بأنها حق تملك العقار المبيع ولو جبرا عن المشترى بما قام عليه من الثمن والمؤن والنفقات المعتادة.

ومن ثم كانت الشريعة الإسلامية مصدر أحكام الشفعة فى هذه القوانين، وإليها يرجع تفسير ما ينبهم من نصوصها فى هذا الموضوع بما تتحقق به المصلحة.

وقد كانت الحكمة فى شرعها دفع ما قد يتوقع من ضرر يصيب الشريك بسبب مشاركته شخصا قد لا تؤمن عواقبه أو من ضرر يصيب الجار من جار جديد قد يكون غليظ الطبع ردىء الخلق لا تؤمن شروره. وهذا إلى ما يكسبه الشفيع بها من سعة فى مسكنه أو فى أرضه تذهب بما كان فيه من عنت لضيق فى مسكنه أو ضيق فى أرضه يذهب بما كان يحول دون الإحسان فى استغلالها والاستزادة فى نمائها، والضرر يجب أن يزال وأن يجتنب ما أمكن لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار». وبخاصة إذا ما كان يصيب الجار الذى أمر الرسول ﷺ بإكرامه بقوله: «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فليكرم جاره».

ذلك ما ذهب إليه الحنفية. وذهب غيرهم ممن لا يرى الشفعة إلا فيما يقبل القسمة من العقار أن الحكمة فى شرعها دفع ضرر القسمة إذا طلبها الشريك وذلك بانتهاء الشركة إذا لم يكن ثم شريك آخر غير البائع أو تقليلها إذا كان خلافه. فإن للقسمة أضرارا من نواح شتى فى كثير من الأحوال كنقص الانتفاع بالنصيب بسببها وما قد تقتضيه من إحداث المرافق لكل نصيب كالمصعد والمنور والبالوعة والطريق وهذا إلى ما تستلزمه من مئونة ونفقات.

(١) هو إبراهيم بن المنذر بن عبدالله احد كبار العلماء المحدثين عن مالك وسفيان بن عيينة ت سنة ٢٣٠ هـ.
(٢) هو أبو محمد عبدالله بن احمد الحنبلى المتوفى سنة ٣٦٠ هـ.
(٣) هو محمد بن الحسن الأصم ت سنة ٣٢٠ هـ.

ولهذا كان شرع القسمة متفقا مع أصول الشريعة العامة ومحققا لأغراضها، وكان مما دعت إليه حاجة الناس واقتضته مصلحتهم حتى صار أمرا معروفا وشرعة متوارثة، وإن كان على خلاف ما وضع للملكية من حدود وحماية وما سنّ لعقودها من قواعد إذ إن الأخذ بالشفعة يعد قيدا فى حرية التصرف ويتنافى مع قاعدة الرضا فى انتقال الملك من مالك آخر، ولكنه استثناء دعت إليه المصلحة وليس ما يصيب المشترى أو البائع من ضرر بسببها بالضرر الفاحش غير المعتاد، فقد كان المشترى قبل الشراء فى غنى عما اشتراه وقد وجد من هو أحق به منه ومن فى صرف الصفقة عنه إلى غيره ضرر أعظم مما يصيب صاحب الصفقة وقد أعطى البائع ما يرغب فيه من بدل، وهذا إلى ما قد يكون للشفعة من فائدة فى تقليل الشيوع وجمع الأنصباء فى الجملة. وعلى أية حال فقد كانت شريعة الشفعة مثار جدل عنيف ونقاش فى الإبقاء عليها وكان من أثر ذلك عدم الأخذ بها فى القانون السورى المدنى، وتضييق نطاقها عند ابتنائها على الجوار فى القوانين الأخرى وهو رأى انفرد به فقهاء الحنفية وخالفهم فيه المالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر فلم يثبتوها فى الجوار، وقد كان هذا رأى لجنة مراجعة القانون المدنى المصرى إذ حذفت من مشروعه النص الذى يجيز ابتناءها على الجوار، ولكن لجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب رأت إبقاءها، كما رأت رأيا وسطا عند ابتنائها على الجوار إذ جعلت للجار فى الأراضى الزراعية الشفعة إذا كان لأرضه أو كان عليها حق ارتفاق بالنسبة إلى الأرض المشفوع فيها أو كانت قيمة الأرض المشفوع بها لا تقل عن نصف قيمة الأرض المشفوع فيها وكانت الملاصقة من جهتين، وهو رأى مستمد فى الجملة مما ذهب إليه ابن القيم وبعض فقهاء البصرة وغيرهم من فقهاء الحديث إذ ذهبوا إلى أنه إذا كان بين الجارين حق مشترك من حقوق الأملاك من طريق أو ماء أو نحو ذلك ثبتت الشفعة، وإن لم يكن بينهما حق مشترك ألبتة بل كان كل واحد منهما متميزا بملكه وحقوقه فلا شفعة، وذلك لما يرى من الضرر الذى يحصل بالشركة فى الملك، وقد أقر مجلس النواب ما رأته لجنة المراجعة لما رآه من مصلحة تتطلبها البيئة المصرية.

أسباب استحقاقها :

لا يثبت حق الشفعة عند الجمهور من الفقهاء إلا لمن يملك عقارا متصلا بالعقار المبيع .

والاتصال بالعقار المبيع له ثلاثة أحوال :

(١) أن يكون اتصال شركة في نفس العقار وذلك إذا كان العقار المبيع جزءا شائعا مع حصة الشفيع فى أرض مشتركة بينهما أو فى دار كذلك.

(٢) أن يكون اتصال شركة فى حق من حقوق الارتفاق.

(٣) أن يكون اتصال جوار مع الملاصقة.

الحالة الأولى : وهى الشركة فيما بيع جزء منه - إذا كان العقار الذى بيع جزء منه مشتركا فباع أحد الشركاء فيه حصة منه على الشيوع، كان لكل شريك فيه على الشيوع حق أخذ ما بيع بالشفعة بسبب الشركة فى العقار، ذهب إلى ذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وأهل الظاهر والزيدية والشيعة الإمامية وغيرهم.

فالحنفية يرون أن الشفعة تثبت بالشركة على الشيوع فى العقار المبيع. وهى إذا كانت فى عقار فإما أن تعمه وإما أن تكون فى جزء معين منه.

ففى الحال الأولى يكون الشركاء شركاء فى جميع العقار على الشيوع وعندئذ تثبت الشفعة لكل منهم فيما يباع منه على السواء ما عدا البائع، وليس يفضل فيها صاحب الحصة الكبرى صاحب الحصة الصغرى بأولوية فى الطلب ولابزيادة فى الاستحقاق. وإذا كان المشترى أجنبيا عنهم أى ليس منهم استبدوا بالمبيع دونه، وإذا كان أحدهم شاركوه جميعا فيما اشتراه على السواء، خلافا لمن يجعل له الأولوية عند ذلك.

وفى الحال الثانية : يكون الشركاء شركاء فى ناحية معينة من العقار بينما يكون باقيه ملكا لأحدهم خالصا له كأن يكون لشخص دار يشاركه فى حجرة معينة من حجراتها شخص آخر أو أكثر على وجه الشيوع فى الحجرة.

ففى مثل هذه الحال إذا باع صاحب الدار جميع ما يملكه فيها، أو باع حصة شائعة فيها كلها، أو باع حصة شائعة فيما عدا الحجرة المشتركة، أو باع حصة شائعة فى الحجرة المشتركة، أو باع الدار كلها ما عدا حصته فى الحجرة المشتركة، أو باع جزءا معينا من الدار ولو لم يكن بجوار هذه الحجرة، كان لأحد الشركاء الآخرين فى تلك الحجرة حق الأخذ بالشفعة فى جميع هذه الصور.

وكان فيها مقدما على الشركاء فى الطريق الخاص أو الشرب الخاص أو المسيل الخاص وعلى الجيران؛ لأنه يعد شريكا فى نفس العقار ما دامت الحجرة معتبرة جزءا من الدار ولم يتخذ لها وضع البيت المستقل. وهذه أصح روايتين عن أبى يوسف.

والرواية الثانية أن الشريك فى بعض العقار لا يستحق بموجب شركته إلا ما يباع مما له فيه حصة، وعلى ذلك فالشريك فى الحجرة فقط لا يستحق بشركته إلا ما يباع من الحجرة دون ما يباع من بقية الدار، وإن استحق الشفعة فيه بسبب آخر عند الحنفية كالشركة فى حق ارتفاق أو كالجوار.

وإذا اجتمعت هاتان الحالان فى عقار واحد وذلك بأن يكون بعض العقار شركة بين شركاء متعددين بينما يكون باقية مشتركا أيضا بين بعض هؤلاء الشركاء دون سائرهم « عند ذلك يكون الشركاء فى العقار من طرازين : شركاء فى العقار جميعه وشركاء فى جزء معين منه» فإنه إذا باع أحد الشركاء فى جميع العقار حصته فيه لأجنبى كان حق الشفعة للشركاء معه فى جميعه أولا فإذا سلموا كان الحق للشركاء فى الجزء منه.

وقد علل صاحب المبسوط ذلك : بأن شركة الأولين أعم وأقوى لأنها فى جميع العقار، وشركة الآخرين أخص لأنها فى جزء من العقار، ومن كان أقوى سببا قدم فى استحقاق الشفعة على من كان أضعف.

ومن جهة أخرى يرى أن الشركاء الأولين أولى بالشفعة من الآخرين، بالنظر إلى الجزء الذى لا شركة لهم فيه والمبيع فى حكم شىء واحد حتى لا تتجزأ الصفقة وإذا كانوا أولى بالنظر إلى هذا الجزء كانوا أولى بالنظر إلى الجمع «المبسوط بتصرف ج ١٤ ص ١٠٩، والفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٦٦ - ١٦٨».

وبناء على ما ذكر يكون الشركاء فى العقار على مرتبتين : إحداهما مقدمة على الأخرى فى الشفعة - الأولى - شركاء البائع فيما باع منه حصة شائعة فيه كله، والثانية من عداهم من الشركاء فى بعض هذا العقار.

وإذا اقتسم الشركاء العقار المشترك فاختص كل منهم بناحية منه معينة صاروا بذلك جيرانا لا شركاء ولا يكون لأحدهم حق الشفعة فى نصيب الآخر إذا بيع- عند أبى حنيفة- إلا بسبب الشركة فى حق ارتفاق أو بسبب الجوار، كما سيأتى.

ويرى المالكية أن حق الشفعة إنما يثبت بالشركة إذا كانت فى عقار يقبل القسمة على المشهور فى المذهب، فيثبت فيه وفيما عليه من بناء وشجر إذا دخلا فى البيع تبعا، وذلك محل اتفاق بين أبى حنيفة ومالك والشافعى وأحمد.

كما يثبت فى البناء والشجر إذا كان فى أرض محبسة على البائع وشريكه وذلك إذا اقتضت المصلحة إجارة أرض محبسة سنين فبنى فيها مستأجرها أو غرس بإذن ناظرها، على أن يكون ذلك له وكان المستأجر متعددا فباع أحد المستأجرين حصته فى البناء أو الشجر لأجنبى فإن حق الشفعة يثبت لسائر شركائه فى البناء أو الغراس[1] وكذلك يثبت حق الشفعة فى الثمر إذا بقى على أصوله بعد بيعه فيكون لأحد الشريكين فيه إذا باع صاحبه حصته لأجنبى.

ويثبت كذلك فى المقثأة من بطيخ وبذنجان وقرع وبامية من كل ماله أصل تجنى ثمرته مع بقائه. ولايثبت فى الزرع كالبر والكتان وإن بيع مع أرضه تبعا، كما لا يثبت فى حيوان بيع تبعا للأرض إلا إذا كان لبستان باع أحد الشركاء فيه حصته بما يتبعها من الحيوان والشجر فتثبت فيهما الشفعة حينئذ تبعا[2].

ولا يثبت حق الشفعة فيما لا يقبل القسمة على المشهور فى المذهب كالحمام والفرن، وهذه رواية ابن القاسم عن مالك، وفى رواية أخرى أنه يثبت ذكرها سحنون فى المدونة، وهى مبنية على أن علة ثبوته دفع ضرر الشركة بخلاف الأولى فإن علة ثبوت الحق فيها دفع ضرر القسمة ولا قسمة فيما لا يقبلها.

ويرى الشافعية أن حق الشفعة يثبت بالشركة فى العقار وما يتبعه من بناء وشجر وثمر غير مؤبر عند دخول ذلك تبعا فى بيعه، ولا يثبت فيما أفرد بالبيع من ذلك ولا فى شجر جاف شرط دخوله فى بيع عقار أو بيع مع مغرسه لانتفاء التبعية حينئذ. وكذلك حكم الثمر المؤبر عند اشتراط دخوله فى البيع. وتثبت فى أصول بقول تجذ مرة بعد أخرى بجامع دخولها فى البيع[2].

ويشترط فى ثبوتها فى العقار المشترك ألا يبطل بالقسمة نفع الشقص المأخوذ بالشفعة بأن يكون بحيث ينتفع به بعد القسمة الانتفاع الذى كان له قبلها فلا شفعة بالشركة فى حمام وطاحون ودار صغيرة لا تصلح مسكنين، وكذلك فى الدار

(١) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠١. (٢) الشرح الصغير للدردير ج ٢٠٣.
(٣) المنهج ج ٢ ص ١٤٨.

الكبيرة إذا كان أحد الشريكين فيها لا يملك منها ما يصلح مسكنا وحده فلا شفعة فيه عند بيعه بخلاف ما إذا باع صاحب الجزء الكبير حصته فإن حق الشفعة يثبت فيه للشريك الآخر.

ويرى الحنابلة ثبوت حق الشفعة بالشركة فى عقار ينقسم جبرا دون مالا ينقسم كحمّام صغير وبئر. ولا يثبت فيما ليس بعقار كالشجرة والبناء والحيوان إذا بيع شيء من ذلك مفردا، أما إذا بيع مع العقار فإن حق الشفعة يثبت فيه تبعا ولا يثبت فى ثمر ولا فى زرع وإن بيع شيء من ذلك تبعا للعقار[1].

ودليل ثبوت حق الشفعة بسبب الشركة فى العقار حديث جابر رضى الله عنه وهو قوله : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخارى - ومعنى صرفت الطرق بينت اتجاهاتها، وذلك إنما يكون فى العقار بقسمته بين الشركاء وتخطيط الطرق المؤدية إلى كل قسم من أقسام العقار وعندئذ ينتهى الشيوع وترتفع الشركة ويصبح الشركاء جيرانا.

ولا يرى المالكية والشافعية والحنابلة ثبوت حق الشفعة بغير هذا السبب خلافا للحنفية.

تزاحم الشركاء :

إذا بيعت حصة من عقار مشترك فلم يطلب أخذها بالشفعة إلا شريك فيه واحد استحقها وكان له حق أخذها. وإن طلبها أكثر من واحد فيما إذا تعدد الشركاء خلاف البائع كانت الحصة المبيعة بين الطالبين على السواء - عند الحنفية - لاستوائهم جميعا فى استحقاق أخذها بالشفعة، وهذه رواية عن أحمد واختارها ابن عقيل وإلى ذلك ذهب النخعى والشعبى وابن أبى ليلى وابن شبرمة والثورى وذلك لثبوت حق الشفعة لكل شريك كاملا ولذا يستحق جميع المبيع عند انفراده بالطلب.

وذهب مالك والشافعى إلى قسمة الحصة المبيعة بين الطالبين من الشركاء على قدر أملاكهم فيأخذ كل منهم نسبة ما يملك فى العقار المشفوع به، وإلى هذا ذهب الحسن وعطاء وابن سيرين وإسحاق وهو أصح الروايتين عن أحمد ذلك لأن حق الشفعة حق استفيد بسبب الملك فوجب أن يكون على قدره عند التنازع.

(١) منتهى الإرادات ج ١ / ٥٣٧، وكشاف القناع ج ٢ / ٢٧٩.

وإذا لاحظنا على هذا الاستدلال أنه لا يتم إلا إذا كان ما يستفاد من الملك متولدا منه كالثمار وما أشبهها وليس من هذا القبيل حق الشفعة، وأنه إنما يثبت لشريك وقاية من ضرر متوقع من شريك أجنبى دخيل وجميع الشركاء فى ذلك سواء، وإن اختلفت حصصهم - إذا لاحظنا هذا تبينا قوة ما استدل به أصحاب الرأى الأول.

والشركاء فى العقار فى درجة واحدة لا أولوية لأحدهم على الآخر عند الحنفية والشافعية، وعلى أصح الرأيين عند الحنابلة خلافا لمالك إذ يرى أنهم لايعدون فى شركتهم فى درجة واحدة بالنسبة لاستحقاقهم الأخذ بالشفعة إلا إذا كانوا جميعا أصلاء فى اشتراكهم فى العقار، وذلك بألا تكون شركة بعضهم فى العقار نتيجة وراثته لشريك فيه قد توفى أو نتيجة لشركته ابتداء فى حصة شائعة من العقار متميزة فى الاستحقاق عن باقى العقار، فإذا كانت حالة من هاتين الحالتين كانت درجة ورثة من توفى من الشركاء بالنسبة لما يباع من حصته أسبق من درجة الشركاء الآخرين الأصليين فى العقار جميعه، وكانت درجة الشركاء فى الحصة المستحقة لهم من العقار بصفتهم الخاصة أسبق من درجة الشركاء الآخرين فى العقار بالنسبة لما يباع من هذه الحصة :

مثال الحالة الأولى: دار مشتركة بين أ، ب، جـ على الشيوع توفى أ عن د هـ ثم باع هـ حصته الموروثة لأجنبى فإن أخذها بالشفعة يكون من حق د ولا يكون لكل من ب و جـ إلا إذا ترك د حقه فيها وإذن يكون د أولى بالشفعة من ب، جـ فيما يباع من حصة المتوفى أ ولكن إذا باع ب شيئا من العقار اشترك فى الأخذ بالشفعة جميع الشركاء بما فيهم ورثة من توفى وهما د، هـ .

ومثال الحالة الثانية : لشخص دار وله ثلاث أخوات شقيقات وأم وأخت لأم توفى عنهن فإذا باعت إحدى الشقيقات حصتها فى الدار لأجنبى كان حق الشفعة فيها للأختين الأخريين دون الأم والأخت لأم، لأن البيع جزء من حصة مستحقة ابتداء للأخوات الشقيقات، وهى الثلثان فيكون الأحق بالشفعة فيما يباع منها الشريك ابتداء فيها ويكون حق الشفعة بعد تسليم الأختين الشقيقتين الباقيتين لباقى الشركاء وهما الأم والأخت لأم.

ولكن إذا باعت الأم حصتها أو الأخت لأم حصتها كان حق الشفعة لجميع الورثة باعتبارهم شركاء فى الدار.

والمثال الجامع للحالتين هو ما يلى :

دار مشتركة بين اثنين مات أحدهما عن جدتين وزوجتين وشقيقتين باعت إحدى الجدتين حظها من الدار لأجنبى أو إحدى الزوجتين أو إحدى الشقيقتين، فإن شريكتها فى السهم تكون أولى من بقية الورثة ومن الشريك الأجنبى فتكون الجدة أولى بأخذ حظ زميلتها لاشتراكهما فى السدس فرضا، وتكون الزوجة أولى بحظ ضرتها لاشتراكهما فى الربع فرضا، وهكذا فإذا تركت الشفعة من هى أولى بها كان الأحق بالأخذ بقية الورثة فلهم المبيع على قدر سهامهم دون الأجنبى الشريك. فإذا سلم الورثة جميعا كان المبيع للشريك الأجنبى فى الدار.

وفى المدونة ورث أبناء شخص دارا مشتركة باقيها لشريك أجنبى لأبيهم فمات أحد الأبناء عن أولاد فإذا باع أحد أولاد المتوفى حصته فيها قدم إخوته فى الأخذ بالشفعة، فإن سلموا كانت الشفعة لأعمام البائع أولاد المتوفى الأول دون شريكه الأجنبى فى الدار، فإن سلموا كانت الشفعة للأجنبى الشريك، ولو باع أحد الأعمام المذكورين شقصه فالشفعة لبقية الأعمام مع أولاد أخيهم المتوفى لقيامهم مقام أبيهم فى الميراث.

وإذا كان الشركاء فى العقار أصحاب فروض وعصبة فباع أحد العصبة شقصه كانت الشفعة بين جميع الورثة الشركاء إذ ليس للعصبة سهم معين حتى يختصوا به دون أصحاب الفروض.

وإذا كان الشركاء ورثة وموصى لهم فباع أحد الموصى لهم سهمه كان الاحق بالشفعة بقية الموصى لهم ثم الورثة وقيل إن الموصى له لا يقدم على الوارث ولكن يقدم الوارث على الموصى له. «منح الجليل ج ٣ / ٦١٠».

وإذا كان مشترى الشقص أحد الشركاء فى العقار كان للآخرين حق الأخذ بالشفعة فيما يخصهم من المبيع على أساس قسمتهم إياه على رءوسهم فيما فيهم مشتريه أو على قدر أنصبائهم فى العقار المشترك على الخلاف الذى أشرنا إليه فيما سبق، وروى عن الحسن والشعبى والبتى أن لا حق لشريك فى أخذ شىء منه بالشفعة لأنها إنما تثبت لدفع ضرر الشريك الداخل والمشترى أحدهم فلا ضرر فى شرائه.

ثبوت الشفعة بالشركة فى حق ارتفاق :

ذهب الحنفية إلى أن حق الشفعة كما يثبت بالشركة فى العقار يثبت كذلك بالشركة فى حقه الخاص، ويريدون بحقه الخاص حق الشرب الخاص وحق الطريق الخاص وحق المسيل الخاص.

والشرب الخاص هو الشرب من مجرى لا تمر فيه صغار السفن. وقيل مايتفرق ماؤه بين الشركاء فيه بحيث ينتهى ماؤه عند انتهاء مجراه. وقيل ما يحصى شركاؤه، واختلفوا فى حد الإحصاء فقال بعضهم: ما دون العشرة وقال آخرون: ما دون الأربعين وقيل: ما دون المائة وقيل ما دون خمسمائة والأصح أن اعتبار الشرب خاصا أو عاما مفوض إلى رأى القاضى[٢].

والطريق الخاص هو غير النافذ، ويريدون به أن يكون لأهله الحق فى منع غيرهم من أن يستطرقه وإن كان طريقا يصل بين طريقين.

والمسيل الخاص ما يحصى عدد الشركاء فيه، وقيل يفوض ذلك إلى رأى القاضى[٣].

ولا يثبت حق الشفعة فى شرب عام كالشرب من نهر النيل، ولا فى طريق عام وهو ما لكل مار الحق فى استطراقه، ولا فى مسيل عام كمصرف عام.

وثبوت حق الشفعة بالشركة فى الشرب الخاص وفى الطريق الخاص محل اتفاق عند الحنفية. أما ثبوتها بالشركة فى المسيل الخاص فمحل خلاف بينهم والأصح ثبوتها فيه[٤].

وبناء على ذلك إذا بيعت أرض لها شرب خاص كان لأصحاب الأراضى الأخرى التى لها حق الشرب من المجرى الخاص بها حق أخذها بالشفعة لا فرق بين أرض مجاورة للمبيع وأرض بعيدة، ولا بين أرض على حافة المجرى التى بها الأرض المبيعة وأرض على الحافة الأخرى، ولا بين أرض تروى منه مباشرة وأرض تروى بواسطة إمرار الماء من أرض أخرى إليها، ولا فرق بين أن يكون البيع لأجنبى أو لشخص له أرض تروى من هذا المجرى.

---

(١) صرفت الطرق أى بينت الشوارع والمعنى يشت فى اتجاهاتها.

(٢) والمختار ج ٥ ص ١٥٥.

(٣) المرجع السابق والإسعاف ص ٢٣.

(٤) الهندية فى الشفعة.

وإذا تفرع من المجرى الخاص مجرى آخر فرعى فإن حق الشفعة فيما يباع من الأراضى التى تروى من المجرى الفرعى يثبت لأرباب هذه الأراضى فقط بخلاف ما إذا كانت الأرض المبيعة تروى من المروى الأصلى فإن حق الشفعة يثبت لأرباب جميع الأراضى التى تروى من الاثنين لأنهم جميعا شركاء فى الأصلى - وكذلك الحال فى الدور المشتركة فى طريق خاص.

وإذا كان لأرض حقان : حق فى شرب خاص وحق فى طريق خاص كان الشركاء فى الشرب أولى به من الشركاء فى الطريق عند تزاحمهم على طلبها، كما أن الشريك فى الطريق الخاص أولى من الشريك فى المسيل الخاص عند التزاحم.

ومرجع ذلك إلى اختلاف الشركاء فى توقع الضرر بسبب ذلك فأكثرهم توقعا للضرر هو الشريك فى الشرب لأن فيه حياة الأرض ثم يليه بعد ذلك الشريك فى الطريق ودونهما الشريك فى المسيل، ولا اعتبار بتعدد الاشتراك فى الحقوق الخاصة فلا يقدم شريك فى حق الشرب على آخر فى حق الشرب بسبب اشتراكه أيضا فى طريق خاص دون صاحبه؛ لأن التقدم بقوة السبب لابتعدده. ولا يرى مالك والشافعى وأحمد ثبوت حق الشفعة بهذا السبب.

ثبوت حق الشفعة بالجوار :

يرى الحنفية أن حق الشفعة يثبت للجار إذا كان عقاره ملاصقا للعقار المبيع فى أى جزء من أى حد من حدوده، امتد مكان الملاصقة أم لم يمتد، ولا يشترط أن تكون الملاصقة لنفس القطعة المبيعة بل يكتفى أن تتحقق مع العقار المبيع أو المبيع جزء منه، وإن لم يكن المبيع ملاصقاوأخذه الشفيع فلا يثبت حق الشفعة فيه إلا لمن كان عقاره ملاصقا له نفسه دون سائر جيران الدار الأصلية لأن بيعه فى المرة الثانية كان مستقلا لا نظر فيه إلى تبعيته لأصله.

ومن الجوار الملاصق اتصال العلو بالسفل فيثبت لكل من صاحب العلو والسفل حق الشفعة إذابيع ما تحته أو مايعلوه وإن كان بناء؛ وذلك بسبب الجوار، وكذلك يعتبر اتصال كل من السفل والعلو بالأرض المجاورة وما عليها من البناء من قبيل الجوار الذى يترتب عليه ثبوت حق الشفعة.

مراتب الشفعاء :

إذا بيعت حصة من عقار فطلب أخذها بالشفعة الشركاء فى العقار المبيع والشركاء فى الحق الخاص والجيران الملاصقون كان أولاهم الشركاء فى العقار على الترتيب السابق ذكره لا يفضل أحدهم على الآخرين، وإن امتاز عنهم بسبب آخر من أسباب الشفعة فإذا رغبوا جميعا كان أولاهم الشركاء فى الحق الخاص على الترتيب الذى بيناه ولا يفضل أحدهم على غيره بجوار أو بشركة فى حق آخر فإذا رغبوا عنها جميعا كانت للجيران الملاصقين لا يفضل أحدهم على باقيهم بطول مكان التلاصق، وكذلك إذا رغب مستحق الشفعة عن بعض ما يستحق فإن حق أخذه بالشفعة يكون لمن هو فى مرتبته أو لمن بعده من الشفعاء فى المرتبة على حسب ما بينا فى الترتيب السابق مع ملاحظة عدم تفرق الصفقة على المشترى منعا لضرره.

وإنما قدم الشركاء فى العقار على غيرهم لأنهم أقوى اتصالا وأشد حاجة إلى المبيع غالبا وأعظمهم خوفا من ضرر يتوقع، ثم يليهم فى ذلك الشركاء فى الحق الخاص، ثم يليهم فى ذلك الجيران، فكانوا على هذا الترتيب. ويروى الحنفية فى ذلك عن رسول الله ﷺ : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع». وفسروا الخليط بأنه الشريك فى الحق والشفيع بالجار. وقد ذكر الجوزى هذا الحديث فى التحقيق، وقال فيه أنه حديث لا يعرف.

وقد روى عن أبى يوسف رواية أخرى هى أن الشركاء فى العقار إذا وجدوا كان لهم الحق دون غيرهم وحجبوا من يليهم فلا يكون لغيرهم حق مع وجودهم سواء طلبوه أم لا، وإذا تنازلوا عنه سقط ولا يكون لمن بعدهم. وكذلك الحال بالنسبة للشركاء فى الحق الخاص مع الجيران.

ولأن حق الشفعة حق لا يقبل التجزئة كان لكل من الشفعاء كاملا ولما لم يكن إعطاء المبيع لكل منهم كاملا وجب عند تزاحمهم قسمته بينهم على الأساس السابق ذكره، ولذا عند تعدد الشفعاء من مرتبة واحدة يقسم بينهم على التساوى كما بينا.

من له حق الشفعة فى القوانين العربية :

ذكرنا فيما سبق أن القانون المدنى السورى قد خلا من بيان الشفعة وأحكامها

إذ رأى الشارع السورى عدم الأخذ بشريعة الشفعة، وهذا رأى لبعض الفقهاء، منهم أبو بكر محمد بن الحسن الأصم المتوفى فى سنة ٣٢٠ هـ ولم ير هذا الرأى الشارع المصرى ولا الشارع العراقى ولا الشارع الليبى، ففى المادة ٩٣٦مدنى مصرى أن الحق فى الشفعة يثبت للآتى بيانهم على الترتيب الآتى :

١ - لمالك الرقبة إذا بيع كل حق الانتفاع الملابس لها أو بعضه، فيكون لمالك الرقبة حق أخذه بالشفعة، وكذلك إذا بيع الحق الملابس للرقبة من حق الاستعمال أو حق السكنى فى الأحوال التى يجوز فيها لصاحب هذين الحقين النزول عنهما كما تدل على ذلك المادة ٩٩٨ مصرى وهى التى تقضى بسريان الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على هذين الحقين متى كانت لا تتعارض مع طبيعة هذين الحقين، وليس لحق الانتفاع على وضعه وأحكامه فى الشريعة الإسلامية وجود كما بينًا فيما سبق، ولذا لم يكن فيها بيع لحق انتفاع حتى تثبت فيه الشفعة إذ البيع لايكون إلا فى الأعيان ولا يكون فى المنافع، وكذلك الحال بالنسبة لحق الاستعمال وحق السكنى فليسا محلا للبيع.

٢ - للشريك فى الشيوع إذا بيع شىء من العقار الشائع إلى أجنبى.

وثبوت حق الشفعة للشريك فى العقار المشترك على الشيوع هو مذهب جمهور الفقهاء كما تقدم. غير أن الحق لا يثبت له فى نظر القانون إلا إذا كان البيع لأجنبى غير شريك. أما إذا كان لأحد الشركاء فى العقار فلاتثبت فيه الشفعة، وذلك رأى لبعض الفقهاء كما قدمنا.

٣ - لصاحب حق الانتفاع، إذا بيعت كل الرقبة الملابسة لهذا الحق أو بعضها، وليس لمالك انتفاع شفعة فى العين المنتفع بها فى نظر فقهاء الإسلام. وبمقتضى المادة ٩٩٨ مدنى مصرى يثبت لصاحب أحد هذين الحقين الشفعة فى الرقبة الملابسة لهما إذا بيعت، ولا يتفق ذلك مع قواعد الشريعة فى الشفعة كما بينا.

٤ - لمالك الرقبة فى الحكر إذا بيع حق الحكر عليها وللمستحكر أيضا إذا بيعت الرقبة وليس يسوغ ذلك فى الفقه الإسلامى.

٥ - للجار المالك فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا كانت العقارات من المبانى أو من الأراضى المعدة للبناء سواء أكانت فى المدن أو فى القرى.

(ب) إذا كان للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرض الجار أو كان حق الارتفاق لأرض الجار على الأرض المبيعة دون تعيين لحق الارتفاق.

(ج) إذا كانت أرض الجار ملاصقة للأرض المبيعة من جهتين وتساوى من القيمة نصف ثمن الأرض المبيعة على الأقل.

ولم يجعل القانون الليبى حق الشفعة إلا للثلاثة الأولين المذكورين (م٩٤٠).

أما القانون العراقى فأثبته للشريك فى العقار الشائع ثم للخليط فى حق ارتفاق للعقار المبيع دون تعيين له ثم للجار الملاصق فى حالتين فقط :

(١) إذا كان العقاران المشفوع فيه من الدور أو من الأراضى المعدة لبناء الدور.

(٢) إذا كان للعقار المبيع حق ارتفاق على عقار الجار أو كان لعقار الجار حق ارتفاق على العقار المبيع.

ونص المادة ٩٣٧ فقرة ٢ مدنى مصرى على أنه عند تزاحم الشفعاء من طبقة واحدة يكون استحقاق كل منهم للشفعة على قدر نصيبه، كما نص فى الفقرة ٣ على أن المشترى إذا كان من الشفعاء فإنه يفضل على غيره من الشفعاء فى طبقته أو فى طبقة أدنى ولكن يتقدمه من هو من طبقة أعلى، وبذلك أخذ القانون العراقى م١١٣٢، ويخالفه القانون الليبى فيجعل استحقاق كل شفيع على قدر نصيبه، ولكن لا يفضل المشترى إذا كان شفيعا على غيره من الشفعاء من طبقته م ٩٤١.

أما القانون العراقى فإنه يجعل الشفعاء فى استحقاقهم الشفعة على التساوى إلا أنه فيما بين الخلطاء يقدم الأخص على الأعم، فمن له حق اشتراك فى حق شرب فى الخرق المتشعب من النهر الخاص يقدم على من له حق شرب فى ذلك النهر ويقدم الخليط فى حق الشرب على الخليط فى حق المرور (م١١٣١).

اختلاف الفقهاء فيما تجب فيه الشفعة وفى سبب ثبوتها :

يرى الجمهور من الفقهاء أن الشفعة لاتثبت إلا فى العقار ولا تثبت فى منقول حيوان أو غير حيوان، ويرى غيرهم أنها تثبت فى كل شىء مشترك عقارا أو منقولا.

ومن يرى منهم ثبـوتها فى العـقار خـاصة فريقـان: فريق يذهب إلـى أنها لاتثبت إلا فيـما يقبل القسمـة منه، أما ما لايقبل القسـمة فلا تثبت فيه الشـفعة، فهذه مذاهب ثلاثة :

الأول : ثبوتها فيما يقبل القسمة من العقار فقط، وما يعد ملحقا به على ما بينا وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة.

وقد اسـتدلوا بعدة أحـاديث أصحهـا ما رواه البخـارى عن جابر رضى الله عنه: قـضى رسول الله ﷺ بـالشفـعة فـى كل ما لم يقـسم فـإذا وقعت الحـدود وصرفت الطرق فلا شفعة.

وفى لفظ : إنما جعل رسول الله ﷺ «الشفعة فى كل ما لم يقسم» إلى آخر الحديث. وعـن جابر أيضـا : الشفعـة فى كل شرك فى أرض أو ربـع أو حائط. وعن جابر أيضا قال رسـول الله ﷺ: « من كان له شريك فى نخل أو ربعة فليس له أن يبيع حـتى يؤذن شريكه فإن رضى أخذ وإن كـره ترك». وإسناده على شرط مسلم، كما يستدلون بما روى عن عبادة بن الصامت: قضى رسول الله بالشفعة بين الشركاء فى الأرضين والدور.

ويرى أرباب هذا الرأى أن الشـفعة قـد شرعت لرفع ضـرر القسـمة وذلك بجـمع العـقار فى ملك شـريك واحـد فـإن لكل واحد من الشـركـاء أن يطالب بالقسـمة، وفى إجرائـها مؤونة وضـيق فى المرافق بعد أن كان كـل شريك يرتفق بالعقار جميعه وبأى وضع منه شاء فـإذا وقعت الحدود ضاق به العقار وقصر على موضع منه فـمكنه الشارع بحكمتـه من رفع هذا الضرر بأن جعـله أحق بالمبيع من الأجنبى حتى يكون له العقار جميعه.

ولا يثبت الحق عندهم إلا للشريك فى العقار الذى بيـعت منه حصة أو فيما ألحق به من المنقول على ما بينا فيما سبق.

الثانى : ثبوتها فى العقار مطلقا قبل القسمة أم لم يقبل. وهو مذهب الحنفية الذين يرون أن شريعـة الشفعة إنما شـرعت لدفع الضرر المترتب على الشـركة فى العقار أو المتوقع من دخيل أو من جار سوء يؤذى جـيرانه ببوائقه؛ ولذا يثبتون حق الشفعة للشريك فى العقار ثم للشريك فى حق الارتفاق الخاص ثم للجار الملاصق على ما بينا فيـما سبق، ويلحقون بالعقـار السفل والعلو فإذا بيع العقار يثـبت فيه حق الشفعة لصاحب السفل كمـا يثبت لصاحب العلو إذا بيع السفل، ولايلحقون بالعقار بناء المحتكر على الأرض المحتكرة وإن كان له حق القرار.

ويستدلون بآثار عديدة نذكر بعضها فيما يلى :

١ - ما رواه أبو داود وأحمد والدارقطنى وابن ماجة وهو قوله ﷺ : «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا».

٢ - ما رواه أحمد وأبو داود و الترمذى وصححه وهو قوله ﷺ «جار الدار أحق بالدار من غيره».

٣ - ما رواه أحمد والنسائى وابن ماجة وهو قوله ﷺ : «الجار أحق بسقبه ما كان».

٤ - ما روى عن على وعبدالله قالا : قضى رسول الله بالشفعة للجوار.

وقالوا إن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بها فيما ينقسم إذ يمكن رفعه بالقسمة، وإذا كان الشارع قد أراد رفع الأدنى فالأعلى أولى برفعه. وكان إثبات الشفعة فيما ينقسم دالا بطريق الإشارة على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة. والضرر المتوقع من الشركة فى المرافق أشد من المتوقع من الجوار وذلك بسبب الاشتراك فى الانتفاع وما قد يحدث فيه من تعارض فى زمنه أو مكانه أو طريقته فكان كالضرر المتوقع من الشركة فى العقار نفسه وكان ثبوت الشفعة فى الجوار دليلا على ثبوتها فى الشركة فى حق الارتفاق.

ولقد جاء فى صحيح البخارى من حديث عمرو بن الشريد قال : جاء المسور بن مخرمة فوضع يده على منكبى فانطلقت معه إلى سعد بن أبى وقاص فقال أبو رافع : ألا تأمر هذا أن يشترى منى بيتى الذى فى داره فقال لا أزيده على أربعمائة منجمة، فقال : قد أعطيت فيه خمسمائة نقدا فمنعته،ولولا أنى سمعت رسول الله ﷺ يقول:«الجار أحق بسقبه ما بعتك» «السقب- أو الصقب: القرب».

الثالث : ثبوتها فى كل مال مشترك عقارا أكان أم منقولا حيوانا أم غير حيوان. فيثبت فى كل مال مشترك من الحيوان والثياب والشجر والجوهر والدور الصغار التى لا يمكن قسمتها والآلات ونحوها، وهذا مذهب عطاء وجابر وقول أهل مكة وأهل الظاهر، ونص عليه أحمد فى رواية حنبل، فقد قيل لأحمد : دابة تكون بين رجلين أوحمار أو ما كان من نحو ذلك فقال : هذا كله أوكد لأن خليطه الشريك أحق به بالثمن. وهذا لايمكن قسمته فإذا عرضه على شريكه وإلا باعه بعد ذلك. ويستدل هؤلاء أيضا بحديث جابر وهو قوله : قضى رسول الله

ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم. وهذا عام يتناول المنقول والعقار. وبما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «الشفعة فى كل شىء الأرض والدار والجارية والخادم». وبما روى عن ابن جريج عن عطاء عن جابر قال: قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل شىء. ورواته ثقات.

وقالوا إن ضرر الشركة ثابت فى كل مال مشترك وهو فيما لايقسم أشد منه فيما يقسم، ومن المنقول مالا تتصور قسمته كالحيوان وماتضره القسمة كالجوهرة. والشفعة فى مثل ذلك أظهر مصلحة منها فيما يقسم من العقار. وإنما شرعت الشفعة لرفع ضرر الشركة وذلك أمر ثابت فى العقار والمنقول بل هو فى المنقول أظهر منه فى العقار.

وقد وردت الآثار بثبوتها فى العقار والمنقول وليس الضرر فى أحدهما بأشد من الضرر فى الآخر. وإذا كان ما ورد من الأحاديث فى ثبوت الشفعة فى المنقول فيه مقال فإن فى كثرتها وتعدد طرقها ما يرفعها إلى مستوى الاستدلال بها. وهذا إلى أن سبب مشروعيتها لا يقتصر فيما يظهر على العقار بل يتناول المنقول أيضا والمصلحة فيها عند ثبوتها فى المنقول بينة واضحة وبخاصة فيما لا يقبل القسمة كالحيوان والآلات فإن فى ثبوتها فى مثل ذلك رفع ضرر بين بالشريك وفيها مصلحة ظاهرة له والرسول يقول: «لاضرر ولا ضرار». وقد قيل: حيث ثبتت المصلحة فثم شرع الله.

متى يثبت حق الشفعة للشفيع:

وإنما يثبت حق الشفعة للشفيع فى المشفوع فيه إذا أخرجه مالكه من ملكه بمعاوضة وكان العوض فيها من الأموال وكان خروجه من ملكه على وجه بات، فإذا أخرجه من ملكه على وجه ليس ببات لم تثبت فيه الشفعة؛ لأن حق مالكه لايزال متعلقا به وهو أولى من غيره. ومن ذلك إذا باع العقار بيعا فاسدا فقبضه المشترى؛ إذ إنه فى هذه الحال يخرج من ملك مالكه ويتملكه المشترى ولكن على وجه غير بات؛ إذ يجب على كل منهما فسخ العقد ورد المبيع إلى بائعه ولكن إذا أصبح هذا الملك باتا بأن فعل المشترى فى المبيع ما يمنع رده إلى بائعه، ثبتت فيه الشفعة حينئذ لانقطاع حق بائعه فى استرداده، وذلك كأن يزيد فيه المشترى زيادة لايمكن أن يسلم إلى بائعه بدونها. وفى هذه الحال يتملكه الشفيع بقيمته لا بالثمن المتفق عليه، كما نص على ذلك صاحب المبسوط فى ج ١٥ص١٤٩ وإلى هذا ذهب الحنفية.

وبناء على ذلك لا يثبت حق الشفعة للشفيع إذا خرج المبيع من ملك صاحبه بغير معاوضة كأن وهبه بدون اشتراط عوض أو وقفه أو أوصى به أو انتقل العقار بوفاته إلى ورثته؛ ذلك لأن تملك العقار بالشفعة لم يشرع إلا فى معاوضة فلا يثبت عند التبرع به لأن مالكه عند تبرعه إنما يتبرع به لغرض خاص لا يتحقق بالتبرع لغير من تبرع له، ولا يقبل أن يتملكه بقيمته من المتبرع له لأن ذلك إن جاز فإنما يتم بمعاوضة جديدة يجب أن تؤسس على الرضا من المتبرع له باعتباره ملكا وذلك غير متحقق.

والأمر على خلاف ذلك عند التملك بالشفعة فإن الشفيع يتملك المبيع بتوجيه الصفقة التى كانت للمشترى إليه ورد ما يتكبده من ثمن ونفقات إليه ولم تكن هناك حاجة إلى رضاه وذلك محل اتفاق بين الأئمة.

وكذلك الحكم عند الحنفية إذا أخرج العقار صاحبه من ملكه بمعاوضة ليس العوض فيها مالا : كأن جعله مهرا أو بدل خلع أو أجرا على عمل فإن حق الشفعة لايثبت فيه لأحد لأن التملك بالشفعة إنما شرع بمثل ما يتملكه به من صار إليه أو بقيمته. ولا يمكن ذلك فى هذه الأحوال لأن البدل فيها ليس بمال فلا مثل له ولا قيمة، ولذا لم يكن أخذه بالشفعة مشروعا.

وإلى هذا ذهب أحمد بن حنبل. وذهب الشافعى إلى ثبوت الشفعة فى هذه الأحوال لإمكان تقويم العوض فيها والأخذ بقيمته، فإذا جعل العقار مهرا أخذه الشفيع بمهر المثل، وكذلك إذا جعل بدل خلع، وإذا جعل بدل عمل أو منفعة أخذه بأجر مثل العامل أو بالأجرة المعروفة لهذه المنفعة.

وذهب مالك أيضا إلى إثبات الشفعة فى هذه الأحوال، غير أن الشفيع إنما يأخذ العقار بقيمته لا بقيمة بدله وهذا أعدل، تجنبا لما يكون فى مثل هذه الأحوال من التسامح زيادة أو نقصا.

وعلى ذلك فالشفعة إنما تثبت عند بيع المبيع أو عند الهبة بشرط العوض لما أريد تملكه أو عند جعله بدل صلح سواء أكان المصالح مقرا بالدعوى أم منكرا لها أما إذا كان هو المصالح عليه بأن كان هو المطلوب فصالح المدعى عليه مدعيه بمال، فإن كان ذلك بعد إقرار بالدعوى ثبتت الشفعة له لتحقق المعاوضة حينئذ أما إن

كان بعد إنكار فلا تثبت الشفعة عند ذلك إذا لم يتبين بهـذا الصلح أن العقار كان ملكا للمدعى وانتقل بالصلح إلى ملك المدعى عـليه لجوار أن يكون البدل إنما دفع تجنبا للنزاع وتركا للخصومة.

المشفوع به :

يجب في المشفـوع به أن يكون عقـارا عند من يقصر شـريعة الشفـعة على العقار فلا تستحق الشفعة بمنقول؛ لأن سبب اسـتحقاقها إما الشركة - ولا شفعة في منقول مشترك عند الجمهور - وإما الاشتراك في حق خاص من شرب أو طريق أو مسـيل وليس يتقرر شيء مـن هذه الحقوق على منقـول. وأما الجوار فـهو في المنقول غير دائم ولا مستقر، ولا يتـرتب حق الشفعة إلا على الجوار الدائم المستقر وهو لايكون إلا في العقار. وقـد ألحق الحنفية العلو بالعقار فأثبـتوا لصاحب العلو الشفعة في السفل عند بيعه وذلك بسبب الجوار.

وإنما يثبت لصاحب العلو حق أخذ السفل بالشفـعة إذا كان بناؤه قائما، أما عند انهدامـه فليس له حق الشفعـة عند أبي يوسف خلافا لمحـمد إذ أثبت له حق أخذه بالشفعة في هذه الحال؛ لأنه يرى أنه إنما يسـتحق الأخذ بالشفعة عندئذ بحق القرار وهو باق بعد انهدام البناء، وهذا أرجح القولين.

وكذلك يجب أن يكون ما يشفع به من العقار مملوكا للشفيع وقت عقد البيع وأن يستمر ملكه إلى أن يتملك ما يشفع فيـه فإذا أقدم على بيعه قبل أن يتملك ما يشفع فيه سقط حقه في الشفـعة، ثم لم يكن لمن اشترى منه حق الأخذ بالشفعة؛ لأنه لم يكن مالكا وقت عقد البيع، وكذلك الحكم إذا زال ملكه بسبب آخر كوفاته فلا يكون لوارثه حق الأخذ بالشـفعة عند الحنفية كما سـيأتي. وليس لمستحق في وقف عقار أن يشفع به لأنه غير مالك لما يشفع به.

وراثة حق الشفعة :

يذهب الحنفية إلى أن حق الشفعة لا يورث؛ إذ هو إرادة ومشيئة وتلك صفة شخصية ليست محلا للوراثة، ولا يثبت لوارثه بانتقال المشفوع به إليه لأنه لم يكن مالكا وقت عقد البيع ولو كان ذلك بعد طلب المورث الأخذ بالشفعة.

وخالف فى ذلك المالكية والشافعية فأثبتوا للوارث حق الأخذ بالشفعة إذا انتقل ملك العقار المشفوع به إليه فى أى وقت، لأنه حق من حقوق العقار الموروث فيثبت لمالكه.

وذهب أحمد إلى أنه يثبت للوارث إذا ما كانت وراثته بعد تقرر هذا الحق بالمطالبة أما قبلها فلا وذلك لتأكيده بها، وهذا القول مبنى على أن الشفيع لا يملك المشفوع فيه بمجرد المطالبة به، وهو أحد قولين للحنابلة، أما على القول الآخر فالوارث يرث بعد المطالبة العقار المشفوع به لأنه صار من التركة .

طريق الأخذ بالشفعة

لايتملك الشفيع العقار المبيع إلا إذا طلب أخذه بالشفعة ولا يؤدى طلبه إلى ذلك إلا إذا اجتمع فيه أمران :

أحدهما : أن يعم العقار المبيع جميعه : سواء أكان له وحده حق الشفعة أم تعدد الشفعاء فيه، وسواء أكانوا فى مرتبة واحدة أم من مراتب مختلفة، وسواء أصدر الطلب من شفيع واحد أو من أكثر من واحد. فإذا بيع جزء من عقار مشترك وله حق ارتفاق خاصة وله جيران فلكى يتمكن كل من له حق الشفعة من الشركاء فى العقار أو من الشركاء فى المرفق الخاص أو من الجيران من أن يتملك بالشفعة إذاما صار له الأولوية فيها يلزمه أن يطلب أخذ جميعه بالشفعة عند علمه بالبيع.

فإذا طلب أحد الشفعاء أن يأخذ ما يخصه منه فقط ولم يطلب بقيته اعتمادا على أنها حق لغيره من الشفعاء لم يكن لهذا الطلب اعتبار وسقط بسبب ذلك حقه فى الشفعة عند محمد إلا أن يكون مسبوقا بطلب الكل. وقال أبويوسف لايسقط بذلك حق الشفيع لأن حقه فى أخذ كل المبيع ثابت فلا يسقط حقه إلا بمسقط له ولم يوجد. فإن شاء عاد فطلب الكل وإن شاء ترك الأخذ بالشفعة وليس له أن يكتفى بما طلب حتى لا تتجزأ الصفقة. وهذا مذهب مالك[1] والشافعى وأحمد. ووجه قول محمد أنه لطلبه بعض العقار أبطل حقه فى أخذ بعضه الآخر لتركه المطالبة به مع القدرة عليها، والشفعة حق شرع غير قابل للتجزئة حتى لا يضار المشترى فيسقط بذلك حقه، وقد يترك شريكه فى الشفعة حقه فى هذه الحال فتبقى حصته للمشترى، وإذا رضى بتجزئة الصفقة وعند ذلك يصير شريكا لهذا الشفيع الذى طلب البعض وقد يتوقع الشفيع من مشاركته ضررا فيضار بذلك فى حين أنه لم يقدم على طلب الأخذ بالشفعة إلا تجنبا لمضاره إذا ما صار شريكه فى العقار.

وعلى ذلك لو كان للعقار المبيع شفيعان فقط فطلب كل منهما أخذ نصفه بالشفعة سقط حق كل منهما عند محمد، وإذا طلب أحدهما نصفه وطلب الآخر جميعه سقط حق من طلب النصف وكان المبيع للآخر إن رغب وإلا ترك حتى

---

(١) حاشية الصاوى ج ٢ ص ٢٠٦، ونهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١١ وما بعدها، وكشاف القناع ج ٢/ ٣٨٣.

لاتتجزء الصفقة، ولو أن الشفيع طلب أخذ العقار جميعه بالشفعة كان له أن يأخذ بعضه ليكون باقيه للمشترى إذا ما اتفق معه على ذلك ما لم يكن هناك شفيع آخر أدنى مرتبة وقد طلب الأخذ بالشفعة فإنه حينئذ يقدم على المشترى فيما ترك الشفيع الأول إذا ما أراد أخذه.

وهذا الذى ذكرناه من الأحكام إذا لم يتعدد البائع أو المشترى أو المبيع أو العقد، فأما إذا تعدد العقد فبيعت دار أو حصة شائعة فيها على صفقات كان للشفيع أن يأخذ جميع ما بيع من الصفقات كلها وأن يقتصر على ما بيع فى إحداهما أو يضم إليه غيره من مبيعات الصفقات الأخرى إذ إن له الحق فى أخذ كل مبيع استقلالا عند بيعه بحق الشفعة سواء أتعدد كل من المشترى والبائع أم لا.

وإذا كانت الصفقة واحدة وتعدد فيها المشترى كان للشفيع أن يأخذ كل المبيع وأن يقتصر على حصة أى مشترٍ من المشترين أو أكثر.

ذلك لأن كل حصة مبيع مستقل بالنسبة لمشتريها فلا تتجزأ الصفقة بالنسبة إليه وقد يرضى الشفيع بمشاركة أحدهم فلا يطلب حصته ولا يرضى بمشاركة الآخرين فيطلب حصصهم وإن كان المشترى فيها واحدا لزم الشفيع أن يأخذ كل المبيع أو يترك حتى لا تتجزأ الصفقة سواء فى ذلك أكان البائع واحدا أم أكثر.

وقد جاء فى المبسوط ج ١٤ ص ١٠٤ أن العبرة فى التعدد وعدمه بمن باشر العقد. فإذا اشترى عن عدة أشخاص وكيل واحد عنهم اعتبر المشترى واحدا بالنسبة إلى الوكيل وكان على الشفيع أن يأخذ كل المبيع أو يترك لأن الوكيل فى الشراء يشترى لنفسه أولا، وإن كان الملك يثبت لموكليه ابتداء أو فى ثانى الحال على الخلاف فى ذلك.

وذهب الشافعى وأحمد إلى أنه لا فرق بين تعدد المشترى وتعدد البائع فللشفيع فى الحالين أن يأخذ جميع ما بيع وأن يقتصر على حصة أى بائع أو أى مشترٍ أو يضم إليها حصة غيره، وذلك لأن العقد عندهما يتعدد بتعدد البائع أو المشترى فى العقد[١] دون نظر إلى وكيليهما.

---

(١) الروض ج ٥ ص ٣٧٦، كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨٥، والشبراملسى ج ٥ ص ٢١٣.

وقد روى هذا عن أبى حنيفة، إذا كان الأخذ بالشفعة قبل التسليم إلى المشترى لأن المبيع حينئذ مجزأ بتعدد بائعيه، أما بعد التسليم إلى المشترى فلا؛ لأنه بعد التسليم أصبح واحدا بالنسبة إليه.

وروى عن مالك أن العبرة بتعدد العقد ولا عبرة بتعدد العاقدين أو الحصص، فإن تعدد العقد تعدد حق الشفعة وإلا لم يتعدد : سواء أتعدد البائع والمشترى والمبيع أم لا على الأصح[1].

وإذا كان المشترى واحدا وتعدد المبيع بأن اشترى شخص دارين بعقد واحد فإن كان الشفيع فيهما جميعا لم يكن له إلا أن يأخذ الدارين جميعا أو يترك عند أئمتنا الثلاثة حتى لا تتجزأ الصفقة على مشتريها، وقد يكون المشترى راغبا عن إحدى الدارين ولم يشترها إلا لأجل شراء الثانية فلا يجوز أن يلحقه فى ذلك ضرر بأخذها منه وحدها. وذهب زفر إلى أنه يجوز للشفيع أن يأخذ إحدى الدارين شاء لأن المانع من تجزئة الصفقة إنما هو ضرر الشركة ولا شركة فى مثل هذه الحال فلا فرق فى ذلك بين أن تكون الداران متلاصقتين أو فى بلدين مختلفين، وإلى هذا ذهب الشافعى وأحمد أيضا إذا كان المبيع حصة من دارين؛ لأن الأخذ بالشفعة حينئذ على هذا الوجه لايفضى إلى تبعيض الشقص الواحد[2].

وإذا كان الشفيع شفيعا فى إحدى الدارين لم يأخذ إلا ما هو شفيع فيه فقط دون الأخرى على الأصح[3].

تنازل بعض الشفعاء عن حقه :

ولو أراد شفيع أن يتنازل عن حقه لبعض الشفعاء الشركاء معه لم يكن له ذلك لأنه لم يملك شيئا ولو فعل كانت حصته بين جميع الشفعاء.

ثانيهما - أن يطلب الشفيع الأخذ بالشفعة فى مجلس علمه بالبيع والمبيع والثمن والمشترى سواء أعلم بذلك عقب العقد مباشرة أم بعده ولو بسنين ويتحقق العلم بأى طريق يغلب به على ظنه صدق الخبر فإذا وصله بطريق لا يفيد ذلك عادة فلم يصدق ولم يطلب لم يسقط حقه.

---

(١) منح الجليل ج ٧ ص ٦٠٧.
(٢) الروض ج ٥ ص ٣٧٦، كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨٥، والشبراملسى ج ٥ ص ٢١٣
(٣) رد المختار فى آخر الشفعة والمبسوط ج ١٤ ص ١٥٩

وإذا علم الشفيع بالبيع والثمن ويعلم بالمشترى فلم يطلب الأخذ بالشفعة ثم علم بعد ذلك بالمشترى كان له حق الطلب عند العلم به.

وكذلك إذا علم بالبيع وبالمشترى ولم يعلم الثمن أو علم به عن زيادة فيه فلم يطلب الأخذ بالشفعة كان له حق الطلب عند علمه بالثمن على حقيقته وبناء على ذلك إذا ذكر له ثمن أقل من الثمن الذى تم عليه التعاقد فلم يطلب فإن حقه يسقط ولم يكن له حق طلب الشفعة بعد ذلك إذا علم بالثمن على حقيقته؛ لأن رغبته عن الشفعة عند قلة الثمن دليل رغبته عنها عند زيادته. وإذا علم بالثمن الذى تم عليه العقد فلم يطلب ثم علم بعد ذلك أن البائع قد حط منه فإن له حق الطلب عند العلم بذلك. ومثل ذلك فى الحكم ما إذا علم أن البائع زاد المشترى فى المبيع بعد أن رغب عن الشفعة؛ لأن ذلك فى معنى الحط من الثمن، وكذلك إذا علم أن المبيع بعض دار فلان فرغب ثم علم أنه جميع الدار كان له حق الطلب عند العلم بذلك؛ لأن الإعراض عن الجزء قد يكون لعدم وفائه بحاجته، وإذا كان العكس لم يكن له حق الطلب فى ظاهر الرواية لأن الإعراض عن الكل إعراض عن جزئه. وقيل: يكون له حق الطلب لأن الإعراض عن الكل قد يكون لعجزه عن ثمنه. ولعل ما فى ظاهر الرواية مبنى على اتحاد الثمن فى الحالين.

وعلى ذلك إذا علم الشفيع بالبيع وبالثمن وبالمشترى فلم يأذن لهذا الخبر وأعرض مشتغلا بغيره سقط حقه فى الشفعة لتغير المجلس بإعراضه عن طلبه، ولكن إذا سمع الخبر فأخذ ينظر ويتروى ويوازن بين العقار وثمنه ثم طلب بعد ذلك فى مجلسه لم يسقط حقه. فإن قام من مجلسه دون أن يطلب سقط حقه إذ لا يمتد وقت الطلب إلى ما بعد المجلس لأن حق الشفعة حق ضعيف فتجب المبادرة إلى طلبه لقوله ﷺ : «الشفعة لمن واثبها» أى أسرع إلى طلبها. ولذا سمى هذا الطلب بطلب المواثبة، وهذا هو الرأى الصحيح خلافا لرأى من ذهب إلى أن الطلب يجب أن يكون فور العلم فإن لم يفعل ذلك بلا عذر سقط حقه فيها وهذا ما جاء فى ظاهر الرواية.

وجمله القول فى ذلك أن آراء الفقهاء قد اختلفت فى مقدار المدة التى يكون فيها للشفيع حق المطالبة بالشفعة بعد علمه فإذا مضت دون طلب سقط حقه فيها،

فالحنفية يرون أن هذا الحق يستمر له طيلة مجلس علمه ما دام لم يصدر منه مايدل على الإعراض وهذه رواية الكرخى. ومنهم من ذهب إلى وجوب المبادرة بالطلب فور العلم وإلا سقط حقه،وهذا ما ذكره ابن رستم عن محمد، وذكر هشام أن السكوت مدة قصيرة أو قول الشفيع سبحان الله أو الله أكبر أو خلصنى الله من فلان وسؤاله عما يتصل بالعقد كل ذلك لاينافى المبادرة ولا تبطل به الشفعة إذا ما حدث بعد العلم ومذهب الشافعى وأحمد قريب من ذلك.

وذهب الثورى إلى أن مدة الطلب تقدر بيوم فإذا مضى بعد العلم بلا طلب سقط الحق. وذهب ابن أبى ليلى إلى أنها تقدر بثلاثة أيام، وذهب المالكية إلى أنها تقدر بالنسبة إلى من حضر العقد بشهرين سواء أشهد على وثيقة العقد أم لا فإن لم يحضر العقد وعلم كانت المدة له سنة، ويرى ابن رشد أن سقوط الحق بمضى شهرين بلا طلب مشروط بأن يكون الشفيع قد كتب شهادته على وثيقة العقد أما من لم يكتب فالمدة له سنة. وهذا كله إذا كان الشفيع حاضرا ببلد العقد فإن كان غائبا لم يسقط حقه وإن طالت غيبته سواء أكان عالما بالعقد أم غير عالم إلا أن تطول غيبته إلى درجة يجهل فيها أصل البيع أو يموت شهوده وهذا لا يمنع أن يطالب الشفيع بأن يسارع إلى طلب للأخذ بالشفعة أو يترك منعا للضرر عن المشترى وأن يجبره الحاكم على ذلك. وإذا أخذ ولم يحضر الثمن أمهل لذلك ثلاثة أيام فإن أدى الثمن وإلا سقط حقه[1]. هذا وينبغى أن يشهد الشفيع على هذا الطلب إذا استطاع لكى تكون له حجة على إثباته عند جحوده.

وذهب الحنابلة إلى أنه يجب على الشفيع المطالبة بالشفعة فور العلم بالبيع وذلك بأن يقول : أطلب الشفعة أو آخذ بالشفعة ونحو ذلك فإن أخره بلا عذر سقطت شفعته ولا يعد الجهل باستحقاقها ولا الجهل بوجوب المبادرة إلى الطلب فور العلم عذرا، وإذا كان الشفيع غائبا عن بلد العقار فعلم، وجب عليه الإشهاد على تمسكه بالأخذ بالشفعة وليس يضيره بعد ذلك تأخير الطلب؛ لأن إشهاده دليل رغبته فيها. وإذا انتقل إلى المشترى فى البلد الذى هو فيه لمطالبته بالشفعة ولم يشهد على تمسكه بها قبل انتقاله سقطت شفعته كما تسقط بتركه الطلب مع

(١) منح الجليل ج ٣ ص ٥٩٨.

حضور المشترى ولا يضير تأخير الإشهاد لعذر. وإذا علم الشفيع بالبيع فلم يطلب ولم يشهد ثم تبين له بعد ذلك أن الثمن أقل مما علم وأن المبيع أكثر مما علم أو أن المشترى شخص آخر غير من علمه أو أن الثمن كان من جنس آخر خلاف ما علم لم تسقط شفعته وكان له حق الطلب، ولكن إذا بان له أن الثمن أكثر مما علم لم يكن له حق الطلب؛ لأن من لم يرض بالقليل لا يرضى بالكثير، وكذلك إذا تبين له أن المبيع أقل مما علمه بنفس الثمن.

طلب التقرير - وقته - مكانه :

إذا انتهى الشفيع من هذا الطلب لزمه كذلك للمحافظة على حقه أن يعود إلى طلبها مرة أخرى عند العقار المبيع أو عند المشترى أو عند البائع إذا كان العقار لا يزال فى يده، وبهذا الطلب يتقرر حقه فى الشفعة ويقوى ويسمى هذا الطلب بطلب التقرير أو طلب الإشهاد؛ لأن بعض الفقهاء يشترط الإشهاد عليه عند حصوله والكثير لا يشترطه ولكن يستحسنه حتى يكون للشفيع بينة عند إنكاره وهذا ما نص عليه قاضيخان والكاسانى.

وقد جعل هذا الطلب عند المبيع لأن الحق متعلق به وجار أن يكون عند المشترى لأن البيع سيؤخذ منه وهو الخصم فى هذا النزاع، ولذا جار أن يكون عند البائع إذا كان المبيع لا يزال فى يده لأنه مطالب بالتسليم إلى الشفيع حينئذ فكان له دخل فى الخصومة بسبب يده. ويجب ألا يتجاوز به الشفيع مدة تمكنه منه عند أحد هؤلاء الثلاثة، فإذا تمكن منه ولم يطلب سقط حقه ولا يفيده أن يطلب بعد ذلك، وعليه إذا كان أحد هؤلاء الثلاثة فى بلد آخر وباقيهم فى بلده فلم يطلب عند أحدهم وانتقل إلى من ليس فى بلده سقطت شفعته لاستطاعته أن يطلب فى بلده، وإذا كانوا جميعا فى بلد واحد لم يضره أن يفعله عند أبعدهم مكانا فيها لاعتبارات تدعو إلى التسامح فى ذلك.

ويقوم هذا الطلب مقام طلب المواثبة إذا كان علم الشفيع بالعقد والثمن والمشترى عند أحد هؤلاء الثلاثة فطلب الأخذ بالشفعة عنده. وكيفية طلب المواثبة أن يقول إنى أطلب أخذ كذا بالشفعة ونحو ذلك، وكيفية طلب التقرير أن يقول علمت أن فلانا باع كذا لفلان ولى حق الشفعة فيه وقد طلبت أخذه بها عند العلم وأطلبه الآن.

وإذا تم طلب التـقرير عنـد المشتـرى فلم يعارض أو عـلـم به المشتـرى فلم يعترض عليه أو كـان الشفيع عند المشترى فعلم بالبـيع وبشرائه فطلب ولم يعارض وسلمه المبيع فقد تملك الشفيع المبيع بذلك.

طلب الخصومة :

إذا عـارض المشترى فى طلب الشـفيع كان سبيل الشفـيع إلى تملكه الالتجاء إلى القضـاء وذلك يكون بادعاء أمـام القاضى ضد المشـترى وضد البـائع إذا كان العقار لايزال فى يده ليطلب الحكم عـليه بالتسليم إليه فيشـرح عناصر دعواه وأنه طلب الأخذ بالشـفعة على الوضع الذى بيـناه وطلب الحكم على المشترى بثـبوت حقه فى أخذ العقار وتملكه إياه وتسليمه إليه، ويسار فى هذه الدعوى كما يسار فى غيرهـا من الدعاوى. ويجـوز أن ترفع الدعـوى على وكيل المشترى فى الشراء إذا تسلم المبيع ولم يسلمه إلى موكله لأن الوكيل بالشـراء ترجع إليه حقوق العقد عند الحنفية ومنها حق الشفعـة، وعن أبى يوسف أنه لا يصلح خصما فى هذه الدعوى بناء على أن الشفعـة ليست من حقوق العقد، ولـكنها أثر لحكمه وهو الملك الذى ثبت للمشترى بالعقد.

وهذه الدعوى هى مـا يسميـه الفقهـاء بطلب التملك أو الخصـومة، ويرى الشيخان أن حق الشفعة يتقرر بالطلبين السابقين عليها ولذا لا يسقط عندهما بعدها إلا بالإسقاط ولا يعتبر تأخير الدعوى سنين عديدة بعدهما.

وعن أبى يوسف أنه لايجوز للشـفيع أن يؤخر الدعـوى عن أى مجلس من مجالس القاضى يمكنه أن يرفعها إليه فيـه فإذا أخرها عنه سقط حقه، وقال محمد وزفر: إذا مضى شهـر بعد طلب التقرير دون أن يرفع الدعوى من غـير عذر سقط حقه، وروى هذا عن أبى يوسف أيضا، ووجـه قول أبى حنيفة أن الشفيع إذا كان غائبا ولم يعلم بالبيع لايسقط حقه وإن طالت غـيبته، وتضرر المشترى بسبب ذلك أشـد من تضـرره بسبب تأخـير الادعـاء فى هذه الحـالـة إذ يمكن فيـها مراجـعـة الشفيع فى تأخره ورفـع أمـره إلى القاضى ليأمره بالأخذ وإلاسقط حقه إذا امتنع، وإذا كان ضرر الغيـبة مع شدته محتملا باتفاق وهو أشـد وأعظم فأولى أن يتحمل ما هو دونه.

ذلك ما ذهب إليه الحنفية .

ويرى المالكية أن تملك الشفيع للعقار المبيع لا يكون إلا بطلبه وليس عليه أن يطلب فور علمه بالبيع بل له أن يتريث فيه إلى سنة فإذا علم وسكت سنة بلا عذر سقط حقه، وإذا غاب في أثنائها وكان يظن العودة قبل مضيها فعاقه عائق قهرا عنه بقى له حقه - ولو طالت غيبته - متى أقام البينة على ذلك. وذهب ابن رشد إلى أن الحق فى الشفعة يسقط إن طال الزمن بلا طلب بعد العلم كسبعة أشهر إلا إذا حلف أنه باق على شفعته وأنه لم يسقط شفعته فيها. وهذا إذا لم يكتب شهادته على وثيقة العقد فإن كتبها فله عشرة أيام بعد ذلك فلا يمكن من الأخذ بالشفعة بعدها إلا بيمين. و الحاصل أن حق الشفعة لا يسقط إلا بعد عام فإن قام بعد مدة طويلة وادعى عدم العلم صدق بيمينه إلا إذا كان غائبا قبل العلم بالبيع أو لم يعلم وهو حاضر. وإذا كان مسافرا ولم يعلم فلا يسقط حتى يقدم ويعلم، وله بعد ذلك سنة كما لحاضر إذا علم[1].

ويرى الشافعية أنه يجب على الشفيع طلب الأخذ بالشفعة فور علمه على الأظهر على ما تقضى به العادة والعرف، وقيل تمتد مدته إلى ثلاثة أيام بعد العلم وقيل إلى تسع للتأمل وقيل له حق الطلب على التأبيد ما لم يصرح بإسقاطها.

وإذا كان الشفيع مريضا أو محبوسا أو خائفا من عدو فليوكل من يطلبها عنه إن قدر عليه وإلا فليشهد على استمساكه بها فإن لم يفعل سقطت شفعته على الأظهر[2].

ويرى الحنابلة وجوب المطالبة بالشفعة فور العلم بالبيع وذلك بأن يشهد الشفيع بالطلب بها حين يعلم بالبيع إلا لعذر فإذا فعل ذلك كان له أن يخاصم فيها المشترى ولو بعد أيام وأشهر أو سنين، ولا يشترط أن تكون المطالبة فى حضور المشترى، ولكن إذا كان غائبا عن المجلس حاضرا فى البلد فالأولى أن يشهد على الطلب، وإذا كان للشفيع عذر يمنعه عن الطلب فور علمه كأن يكون علمه ليلا فأخره إلى الغد أو أخره لشدة جوع فأكل أو أخره لإغلاق باب أو ليخرج من

(١) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠٤.
(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١٣.

الحمام أو ليقضى حاجته أو ليؤذن أو ليقيم الصلاة ويؤديها لم تسقط شفاعته، والعبرة فى ذلك بالعادة فمتى لم يفصل بين العلم والطلب ما يعد فى العادة والعرف إعراضا بقى على شفعته[1].

ما أخذت به القوانين العربية فى إجراءات الأخذ بالشفعة :

جرى التقنين المدنى المصرى والليبى والعراقى على ما يأتى :

إذا تم البيع فوجه البائع أو المشترى إلى الشفيع إنذار رسميا مشتملا على بيان العقار المبيع بيانا كافيا وبيان الثمن والمصروفات الرسمية وشروط البيع واسم كل من البائع والمشترى ولقبهما وصناعتهما وموطنهما تعين على الشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال خمسة عشر يوما من تاريخ هذا الإنذار وإلا سقط حقه، ويجب أن يكون إعلان هذه الرغبة رسميا وإلا كان باطلا وأن يودع كل الثمن الذى تم عليه التعاقد خزانة المحكمة الكائن بدائرتها العقار المبيع فى خلال ثلاثين يوما على الأكثر من تاريخ هذا الإعلان، مع مراعاة أن يكون الإيداع قبل رفع الدعوى بالشفعة فإذا لم يتم الإيداع فى هذا الموعد على الوجه المتقدم سقط حق الأخذ بالشفعة، ويجب أن يكون رفع الدعوى فى خلال ثلاثين يوما من تاريخ ذلك الإعلان أمام المحكمة الكائن بدائرتها العقار المبيع وإلا سقط الحق فى الشفعة المواد ٩٤٠ إلى ٩٤٣ مدنى مصرى، وإذا لم يوجه البائع أو المشترى هذا الإنذار إلى الشفيع أو كان باطلا لأى سبب فإنه يحق للشفيع أن يعلن رغبته فى الأخذ بالشفعة خلال أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وإلاسقط حقه م / ٩٤٨ بند ب.

وإذا كان عقد البيع لم يسجل فرفع المشترى على البائع دعوى بصحة التعاقد وسجل صحيفتها فإن مدة الأشهر الأربعة تبدأ من تاريخ التأشير بالحكم الذى يصدر بصحة البيع لا من تاريخ تسجيل عريضة الدعوى.

وإذا لم يوجه إنذار ولم يسجل عقد البيع ولا الحكم الصادر بصحته فإنه يجوز للشفيع أن يعلن رغبته فى خلال خمس عشرة سنة من تاريخ البيع طبقا للقواعد العامة، إذ فى هذه الحال يسقط فى طلب الشفعة بمضى المدة كغيره من

---

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧٩.

الحقوق والدعاوى التى لم يرد فى شأنها نص على مدة خاصة. ويجب أن يوجه إعلان الرغبة الرسمى إلى كل من البائع والمشترى م ٩٤٠، والعبرة بتمام إعلانهما فى الموعد المحدد وإذا كان إعلانهما فى تاريخين لم يبدأ سريان المدة المقررة لإيداع الثمن ورفع الدعوى إلا من تاريخ الإعلان الأخير، وإذا وجه أحد الإعلانين بعد فوات الميعاد سقط حق الشفيع فى الشفعة، ورفع الدعوى فى خلال المدة المقررة لإعلان الرغبة وهى خمسة عشر يوما يغنى عن إعلان الرغبة الرسمى، وفى هذه الحال يجب إيداع الثمن قبل إعلان صحيفة الدعوى. راجع المواد من ٩٤٤ إلى ٩٤٧ مدنى ليبى والمواد من ١١٣٨ - ١١٣٩ - ١١٤٠ مدنى عراقى.

القضاء بالشفعة :

لا يشترط للقضاء بالشفعة إحضار الشفيع للثمن على ما جاء فى ظاهر الرواية، فإذا قضى بها قبل دفع الثمن صار دينا فى ذمة الشفيع للمشترى إن تسلم العقار من يده وللبائع إن تسلمه من يده وعندئذ يستوفى كما تستوفى سائر الديون.

غير أن من بيده المبيع له أن يحبسه عن الشفيع حتى يستوفى ثمنه ولا ينقض الحكم بالشفعة، وروى عن محمد أن القاضى لا يقضى بها إلا بعد إحضار الثمن، وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة دفعا للضرر إذ قد يكون الشفيع مفلسا. وذكر الكاسانى أن محمدا لا يشترط للقضاء بها إحضار الثمن ولكنه يستحسن ألا يقضى القاضى بها إلا بعد إحضاره، ويرى أنه يجوز للقاضى أن يأمر الشفيع بإحضاره قبل القضاء وأن يضرب له موعدا، فإذا فعل ذلك ولم يحضره فى الموعد بطلت عنده خلافا لأبى حنيفة، أما بعد القضاء بها فلا تبطل شفعته ولا ينقض القضاء إذا أمره بإحضاره ولم يحضره.

والتملك بالشفعة لا يحتاج إلى القضاء عند المالكية - كما سيأتى بيان ذلك - وإذن فلا محل لاشتراط إحضار الثمن قبل القضاء[١].

وعند الشافعية لا يشترط فى استحقاق التملك بالشفعة حكم حاكم ولا إحضار الثمن ولا حضور المشترى ولا رضاه، ولذا فلا يوجد فرق بين ما ذهب إليه المالكية والشافعية من ناحية إحضار الثمن[٢]، وإلى هذا ذهب الحنابلة[٣].

(١) الشرح الكبير ج ٣ ص ٤٨٩.
(٢) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٠٠.
(٣) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٩٠.

عند غيبة بعض الشفعاء :

إذا كان بعض الشفعاء حاضرا وبعضهم غائبا فإن ترك الحاضر طلبها فى وقته سقط حقه فيها وإن طلب الأخذ فاقتصر فى طلبه على ما يخصه من المبيع بأن كان الشفعاء أربعة شركاء مثلا وأحدهم غائب فطلب الثلاثة ثلاثة أرباع المبيع استبقاء لصحة الغائب لم يقبل ذلك منهم، وكان الحكم وجوب اشتراك الثلاثة فى أخذ كل المبيع أثلاثا مع مراعاة قيام كل بطلب الجميع على ما سبق بيانه. ولا ينتظر حضور الغائب لأنهم يستحقون المبيع جميعه وما قسم عليهم بحسب رءوسهم إلا لوجود مزاحمتهم بعضهم بعضا ولا مزاحمة للغائب لأنه لا طلب له.

وإذا حضر الغائب بعد أخذ الحاضر طالبا الأخذ بالشفعة مع مراعاة استيفاء شروط ذلك فإن كان فى مرتبة دون مرتبة الحاضر لم يكن له شىء مادام الحاضر متمسكا بحقه، فإذا رغب الحاضر عن الشفعة فلذلك حالات:

الأولى: أن يرغب عنها بعد القضاء له بها، وعندئذ لا يملك رد البيع إلا بخيار رؤية أو بخيار عيب إذا كان له ذلك، فإذا تركه لمن تسلمه منه من بائع أو مشتر بخيار رؤية بعد قبضه أو قبله أو تركه له بخيار عيب قبل قبضه أم بعده أو تركه بخيار عيب قبل قبضه أو بعد قبضه وكان ذلك بواسطة القضاء لا بالرضا- فلايكون للشفيع الغائب إذا حضر طالبا الأخذ بالشفعة حق فيه لبطلان شفعته بسبب قضاء القاضى للحاضر باستحقاقه الشفعة وأخذه المبيع والقضاء له بذلك يتضمن إبطال حقه فى الشفعة[1].

---

(١) الرد بخيار الرؤية لا يتوقف على القضاء ويعتبر فسخا لعقد البيع فى جميع أحواله فلا يتأتى اعتباره مبادلة يترتب عليها للشفيع الغائب حق الشفعة إذا ما أراد أن يعتبره أساسا لمطالبته بها، وبناء على ذلك فليس للشفيع الغائب إذا ما أراد الشفعة إلا أن يطلب بناء على عقد البيع السابق على الرد وهو الذى أخذ به المشترى الحاضر المبيع، فإذا ما أخذه بقضاء فرده بخيار الرؤية لم يكن للشفيع الغائب بعد حضوره حق فى أخذه بالشفعة لبطلان حقه فيها بالقضاء بها للحاضر، وإذا ما أخذه بالرضا ثم رده بخيار الرؤية كان للشفيع الغائب إذا حضر أن يأخذه بالشفعة لأن حقه لم يبطله قضاء والرد بخيار الرؤية لا يؤثر فى حق الشفيع بدليل أنه لا يؤثر فيه إذا ما أراد رده لمشترى العقار المبيع بخيار الرؤية فإن للشفيع حينئذ أخذه بالشفعة.

هذا وليس من البعيد أن يقال : لم يبطل حق الشفيع الغائب بالقضاء للحاضر بالشفعة وقد يكون القضاء للحاضر قضاء بأن لا حق للغائب ما دام الحاضر متمسكا بحقه وملكه فإذا فسخه ظهر حق الغائب بناء على المبيع السابق.

==

أما إذا تركه بعد قبضه بخيار عيب عن تراض فإن للشفيع الغائب عند حضوره أن يأخذه بالشفعة لا بناء على ما حصل من بيع فى غيبته ولكن لأن رده فى هذه الحال إلى من أخذه منه من بائع أو مشتر يعتبر مبادلة جديدة يستحق بها الغائب الأخذ بالشفعة.

الحالة الثانية : أن يرغب الشفيع الحاضر عن المشفوع فيه قبل أن يقضى له، به، وفى هذه الحال إذا رغب عنه قبل تسلمه سقط بذلك حقه فى الشفعة وكان للغائب عند حضوره أن يأخذه بها لأن الحاضر أسقط حقه فى الشفعة قبل أن يتملك وهو حق يقبل الإسقاط، وإن كانت رغبته عنه بعد تسلمه لم يكن لها من

== ويتملك الشفيع المبيع بتسلمه عند الرضا بالشفعة أو بالقضاء بها له عند إبائها، فإذا دخل المبيع فى ملك الشفيع الحاضر بإحدى الوسيلتين، فلا يملك أن يخرجه من ملكه بمجرد إبداء رغبته فى أنه قد عدل عن الشفعة، ولا يملك إخراجه من ملكه إلا بسبب ناقل للملكية أو بسبب فاسخ لعقد تملكه. وعلى ذلك إذاحضر الغائب عندئذ فقال الحاضر لا رغبة لى فى المبيع فلا يترتب على قوله هذا أى أثر، سواء أكان قد ملكه بالرضا أم بالقضاء، ولا وسيلة له إلا أن يبيع للغائب المبيع أو يملكه إياه بأى عقد إذا أراد ،ولكن إذا ما وجد الشفيع بالمبيع عيبا فرده على من تسلمه منه من بائع أو مشتر بسبب ذلك العيب فإن لذلك حالتين :

الأولى : أن يكون الرد بالعيب بعد أن يكون الشفيع قد تملك المبيع بالقضاء على كل من البائع والمشترى بالشفعة، وفى هذه الحال قال الفقهاء : إن هذا القضاء يعتبر قضاء ضمنا بأن لا حق للغائب فى هذا المبيع، لأن الشفيع الحاضر اولى منه فينقطع حق الغائب فى هذا المبيع نهائيا بالقضاء، فإذا حضر بعد ذلك وقد رد المبيع إلى بائعه أو إلى مشتريه بسبب العيب لم يعد حقه فيه إلى الظهور لسقوطه بالقضاء والساقط لا يرد؛ ولكن ألا يكون الرد بسبب العيب مبادلة جديدة يثبت بها للشفيع الغائب حق الشفعة؟ والجواب : إذا كان الرد بالعيب - بناء على القضاء به - اعتبر فسخا بالنسبة للعاقدين وغيرهما فلا يترتب عليه لذلك ثبوت حق الشفعة للشفيع الغائب وإذا كان بالرضا فإن بعد القبض والتسليم كان مبادلة يترتب عليها حق الشفعة للشفيع الغائب، وإن كان قبل قبض المبيع فكذلك الحكم عند الشيخين لاعتباره حينئذ أيضا مبادلة لجواز التصرف فى العقار قبل قبضه حينئذ عندهما، أما عند محمد فلا يثبت للشفيع الغائب بذلك الرد حق الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بتصرف أو مبادلة، ولايمكن اعتبار الرد فى هذه الحال تصرفا فى معنى المبادلة؛ لأن التصرف فى المبيع العقار قبل قبضه غير جائز عند محمد، وإذن فلا يعتبره محمد فى هذه الحال إلا فسخا والفسخ لا يترتب عليه حق الشفعة .

الثانية : أن يكون الرد بعيب بعد أن يكون الشفيع قد تملك المبيع بتسلمه عن رضا، وفى هذه الحال لم يصدر قضاء بإبطال حق الشفيع الغائب؛ وبناء على ذلك إذا ما رد الشفيع المبيع بسبب عيب فيه سواء أكان هذا الرد بقضاء أم برضاء، ثم حضر الشفيع الغائب فإن له الحق فى أن يأخذ المبيع كله بالشفعة على ما يظهر لى وذلك لأن حقه فى الشفعة قد ثبت له عند البيع فلا يسقطه رد الشفيع المبيع بالعيب على أية حال، كما أن رد المشترى المبيع بالعيب على بائعه لا يسقط حق الشفيع فيه فيأخذه من البائع بعد ذلك. هكذا ذكروا فى غير موضع كما فى رد المختار. ولكن ألا يقال : إن ثبوت الملك لشفيع الحاضر بالتسلم مسقط لحق الغائب لتقدمه عليه، وإذا سقط لا يعود؟ الجواب : أن مجرد الملك لايكفى مسقطا، بدليل انه لا يسقط حق الشفيع الغائب المساوى فى المرتبة. وغاية الأمر : أن حقه ضعيف، أما حق الحاضر فإذا ما ذهب حقه بأية وسيلة ظهر هذا الحق وأثر أثره. هذا ما يظهر لى. والله الموفق للصواب.

أثر لأنها جاءت بعد ثبوت ملكه والملك لا يقبل الإسقاط فإذا حضر الغائب وجد المشفوع فيه مملوكا لمن هو أولى منه فلا يستطيع الأخذ جبرا عنه وإنما يستطيع أن يتفق معه على أخذه فيكون ذلك مبادلة جديدة بينهما.

غير أن الشفيع الحاضر إذا لم يستطع أن يتنازل عن الشفعة بعد ثبوت ملكه للمشفوع فيه بقبضه يستطيع أن يرده على أخذه منه - من بائع أو مشتر - بخيار رؤية أو خيار عيب إذا كان له حق فيهما. وعند ذلك يكون للغائب إذا حضر حق الأخذ بالشفعة لأن حقه باق لم يبطله قضاء سابق بالمشفوع فيه لمن هو أولى منه.

وإن كان الغائب فى مرتبة أعلى من مرتبة الحاضر - كأن يكون شريكا والحاضر جارا فإنه يعطى المبيع كله سواء أقضى به للجار أم لم يقض وسواء أتسلمه الجار أم لم يتسلمه وسواء أتمسك الجار بشفعته أم لم يتمسك وذلك لأن حق الشريك مقدم على حق الجار على أية حال، فيعطى الشريك الغائب المشفوع فيه فى جميع الأحوال إذا ما حضر ذلك الشريك طالبا أخذه بالشفعة.

عند التساوى فى المرتبة :

وإن كان فى مرتبة الحاضرين - كأن يكون جميع الشفعاء جيرانا أو شركاء - شاركهم فيما أخذوا بقدر ما يعطى لو أنه كان حاضرا معهم فيساويهم دون انتظار لمن قد يكون كذلك غائبا مثله من الشفعاء؛ لأنه إذا حضر ذلك الغائب أيضا بعد ذلك كان الحكم معه على هذا الوجه.

مثال ذلك : أن يكون للمبيع شفعاء، هم جميعا شركاء فيه أو جيران له عدتهم خمسة وأحدهم غائب فيعطى الأربعة الحاضرون المبيع بناء على طلبهم أخذه بالشفعة، ثم إذا حضر الغائب طالبا الأخذ بالشفعة أيضا فإنه يعطى فى هذه الحال خمس المبيع وذلك بنقض قسمته بين الأربعة وقسمته مرة أخرى بين الخمسة. وإذا كان الحاضر منهم ثلاثة فقسم المبيع بينهم أثلاثا ثم حضر رابع فإن المبيع يقسم بينهم مرة أخرى أرباعا دون مراعاة لخامسهم الغائب فإذا حضر بعد ذلك أعيدت القسمة وقسم المبيع بينهم أخماسا وهذا كله فيما إذا لم يرغب أحدهم فى حقه. أما إذا رغب بعضهم عن حقه أو رغب جميع الحاضرين عن حقوقهم ثم حضر الغائب بعد ذلك فإن لذلك حالتين :

الأولى : أن يكون حضوره قبل القضاء بالشفعة للحاضرين، وفى هذه الحالة إذا كانت رغبتهم عنها قبل القبض فإنها تتحقق بمجرد التنازل عن حق الشفعة وبتنازل من تنازل عنها حينئذ يعتبر كأنه غير موجود، ويقسم المبيع بالسوية بين المتمسك بحقه ومن كان غائبا ثم حضر، حتى إذا كان التنازل من جميع الحاضرين كان المبيع كله للغائب بعد حضوره طالبا الأخذ بحقه، فإذا تنازل من الحاضرين - فى المثال السابق - اثنان قسم المبيع على ثلاثة، وإذا تنازل الأربعة الحاضرون أعطى الغائب المبيع كله إذاحضر مطالبا بحقه.

وإذا كانت رغبتهم عنها بعد القبض فلا يكون لها أثر، ولكن لهم الرد بخيار الرؤية أو بخيار العيب. وعند الرد بأحد هذين السببين يكون الحكم كما سبق فتعاد القسمة بين الحاضرين والغائب بعد حضوره.

الحالة الثانية : أن يكون حضوره بعد القضاء بالشفعة على الحاضرين، وفى هذه الحال يتم تملكهم بالقضاء ولا تتم رغبتهم عن البيع إلا لتركه لمن أخذ منه بسبب خيار رؤية أو عيب.

وحينئذ إذا ترك بعض الشفعاء الحاضرين حصته بناء على ماله من خيار رؤية قبل قبضه أو بعده أو بخيار عيب قبل قبضه أو بخيار عيب بعد قبضه بناء على قضاء لإباء من أخذ منه أو تركه جميع الحاضرين بذلك السبب فإن ما يترك منه فى هذه الحال يعود لمن أخذ منه - من بائع أو مشتر - وإذا كان المتروك فى هذه الحال بعض المبيع تجزأت الصفقة على من أخذت منه بأن كان بائعا اغتفر ذلك استثناء[1] وإن كان مشتريا كان له الرد بالعيب لأن الشركة عيب وإذا شئت قلت لأن تجزئة الصفقة عليه عيب يستحق به الرد على البائع فينتهى الأمر إلى تجزئتها بالنسبة للبائع[2].

---

(١) جاء فى الأشباه والنظائر من كتاب البيع: «لايجوز تجزئة الصفقة على البائع إلا فى الشفعة» ج ١ ص ٣٣.

(٢) أقول إن هذا ضرر يصيب البائع بسبب مراعاة حق الشفيع والمشترى، ولا يسلم أن يكون رفع الضرر عن شخص سببا فى الإضرار بغيره، وكان يمكن تجنب ذلك الضرر لو أنهم ألزموا الباقى من الشفعاء بأخذ كل المبيع إذا ما رضي البائع بذلك، رفعا للضرر عنه، ولا يمنع من ذلك قولهم : إن حقهم قد بطل فى الباقى بالقضاء إذ يمكن أن يقال إنه قضاء بالحق ما دام صاحبه متمسكا به،فإذا تنازل عنه ذهب القضاء به والزم به الباقى وخاصة إذا لوحظ أنه حين طلب الشفعة طلبها فى جميع المبيع.

وعلى كل : فحق الشفيع الغائب عند حضوره يقتصر على مقدار ما قد يكون له لو أنه كان حاضرا معهم وقضى بالمبيع بينهم جميعا(١).

(١) اشترى أجنبى حصة أحد الشركاء فى عقار مشترك بين ثلاثة فطلبها الشريك الحاضر بالشفعة وكان الثالث غائبا فأعطيت له. قال الكاسانى فى البدائع (ج ٤ ص ٦) إذا أخذها الشريك الحاضر بالقضاء، حتى حضر الثالث من غيبته فطلب الأخذ بالشفعة فقال له الحاضر لا أرغب إلا فى الحصة كلها فإما أن تأخذها كلها وإما أن تدع، لم يجب إلى قوله، وللغائب الذى حضر إذا أصر أن يأخذ نصفها فقط، لأن القاضى لما قضى للحاضر بجميع الحصة تضمن قضاؤه بطلان حق الغائب فى نصفها فلا يكون له حق فيه بعد ذلك وإذن لا يلزم به .

ويرد على هذا أنه يقتضى أن الشفيع الغائب إذا حضر وعلم بالبيع والقضاء وأراد الأخذ بالشفعة لم يلزمه إلا أن يطلب نصفها فقط، وإلا كان طلبه للكل عبثا؛ ذلك لأن الشفيع إنما ألزم بطلب كل المبيع إذا ما أراد الأخذ بالشفعة حشية ألا يأخذه غيره من الشفعاء فتتجزأ الصفقة على المشترى. وهذا غير متأت هنا، إذ بعد القضاء لا يستطيع المقضى له أن يتخلى عن حصته فلا تتجزأ الصفقة فهل الأمر كذلك وتكون هذه الصورة وما يماثلها مستثنى من اشتراط طلب جميع المبيع؟

لم أجد نصا، وإن كان تعليل الحكم يقتضى عدم اشتراط طلب الكل فى مثل هذه الصورة لأنهم عللوا طلب الكل باستحقاق الشفيع لجميع المبيع وأن قسمته بين الشفعاء إنما كانت نتيجة المزاحمة، وعلى ذلك إذا كان الشفيع لا يستحق إلا بعض المبيع قطعا لا يلزمه إلا طلب البعض (راجع رد المختار ج ٥ ص ٥٦).

أقول : وفى هذا الحال إذا كان الشفيع الحاضر قد أخذ الحصة المبيعة كلها وتسلمها عن رضا ثم حضر الغائب طالبا للشفعة، فقال له الحاضر : إما أن تأخذها كلها أو تدعها فإن الغائب يلزم حينئذ بأخذها بناء على انتفاء العلة التى ذكرها الكاسانى سببا لعدم إلزامه فيما سبق وهى أن القضاء أبطل حق الغائب فى نصيب الحاضر فلا يلزم به بعد ذلك، وقد يؤيد هذا أنه يجب على الغائب حين الطلب أن يطلب الجميع؛ ولكن قد يرى من جهة أخرى أن الشفيع الحاضر لا يجاب إلى طلبه أبدا فى هذه الحالة لأنه قد تملك جميع الحصة بقبضها عن رضا، وليس للغائب حق إلا فى نصفها فيأخذه بحقه، أما نصفها الآخر فقد استقر فيه ملك الحاضر ولا يجبر الغائب الذى حضر على أخذه.

وقد يقال : إذا ما أخذ الغائب الذى حضر نصف الحصة تجزأت الصفقة على الشفيع الحاضر فيكون له بذلك حق الرد على البائع لأن تجزء الصفقة عيب، وخاصة مع وجود الشيوع، فإذا رد حصته بذلك العيب على البائع وجب على الشفيع الغائب الذى حضر ان يأخذها أيضا بناء على طلبه كل المبيع، حتى لا تتجزأ الصفقة على البائع - غير أنهم ذكروا أن تجزؤ الصفقة على البائع فى الشفعة مغتفر اللهم إلا إذا قصر ذلك الحكم على صور ليست هذه منها.

وإذا كان بيع الحصة فى المثال المتقدم لأحد الشريكين وهو الحاضر وكان الثالث غائبا ثم حضر فطلب الأخذ بالشفعة فما الحكم؟ فى الإمكان أن يقال : إن الحكم لا يختلف؛ لأن ملك الحاضر لنصف الحصة المبيعة أصبح مستقرا. فلا يستطيع بعد ذلك أن يلزم به الغائب إذا حضر، وفى الإمكان أيضا أن يقال : إن الشفيع الغائب إذا حضر وطلب الشفعة وجب عليه أن يطلب الكل فإذا سلم إليه الكلّ فكيف يمتنع عندئذ؟ وهذا أوجه فيما يظهر لى، وما دام الشرط فى استحقاق الشفعة طلب جميع المبيع، وفيه عدم الإضرار بالبائع والمشترى جميعا من جهة عدم تفريق الصفقة على أحدهما.

وقد ذهب الشافعى وأحمد إلى أن الشفيع الغائب إذا حضر طالبا للشفعة فى هذه الأحوال المتقدمة الذكر الذى لايجبر على أخذ كل المبيع بل له أن يأخذ ما يخصه منه لو أنه كان حاضرا؛ وذلك لاستقرار ملك الحاضر فى حصته منه وعدم جواز تنازله عن ملكه. راجع الروض ج٢ ص٣٦٧، وكشاف القناع ج٢ ص ٣٤٨.

مثال ذلك أن يكون للعقار ثلاثة شفعاء أحدهم غائب فيقضى للحاضرين به مناصفة، ثم يحضر الغائب مطالبا بحقه وقد ترك أحد الحاضرين حصته - وهى النصف - بخيار رؤية مثلا فعند ذلك لا يكون للغائب إذا حضر حق إلا فى ثلث العقار فقط وهو ما كان له لو أنه كان حاضرا عند القضاء[1]. وكذلك الحكم إذا ما رد الحاضران المبيع كله بخيار الرؤية، ذلك لأن القضاء لهما بالمبيع أبطل حق الغائب فى الثلثين وهما حصة الحاضرين وبقى حقه فى الثلث، وقد بطل القضاء به لهما لأنه حق لغيرهما، وذلك لأن المبيع فى الواقع موزع بين حقوق الشفعاء حاضرهم وغائبهم لكل فيه نصيب بسبب شفعته، غير أن الحاضر قد فضل على الغائب لما سبق، فإذا قضى القاضى بالمبيع للحاضرين وحدهم فقد قضى لهم بنصيبيهم فيه، وهو قضاء صحيح فيتضمن بطلان حق الغائب فى ذلك النصيب فلا يبقى له حق فيه بسبب الشفعة المترتبة على المبادلة القائمة، وقضى لهم كذلك بنصيب الغائب فيه، وذلك قضاء قد ظهر بطلانه بحضور الغائب متمسكا بحقه وعلى ذلك لا يكون له فى المبيع إلا حقه لو أنه كان حاضرا عند القضاء.

أما إذا ترك بخيار عيب بعد قبضه بناء على تراضيه مع من أخذ منه فإن هذا الرد يعتبر مبادلة جديدة يستحق بها الشفعة فيما رد[2].

نماء العقار المشفوع فيه فى غيبة الشفيع : إذا كان حضور الغائب بعد مدة استغل فيها الشفيع الحاضر المشفوع فيه بأن كان أرضا فزرعها أو أجرها كانت الغلة جميعها للحاضر فقط؛ لأنها نماء ملكه ولا يشاركه فيها الغائب كيف كانت درجته لأنه ليس بمالك. وإن كان أولى من الحاضر، إذ لا يملك إلا بالقبض أو القضاء.

ما أخذ به القانون المدنى فى تزاحم الشركاء :

عند تزاحم الشفعاء يكون استعمال حق الشفعة على حسب الترتيب المنصوص عليه فى المادة ٣٦، وإذا كانوا فى مرتبة واحدة كان استحقاق كل منهم

(١) ويكون الثلث كذلك لمن تمسك بحقه من الحاضرين ويترك الثلث للبائع لأن القضاء لمن رد ثلثه أبطل حق الآخرين فيه فيبقى للبائع بعد رده بالخيار، راجع رد المختار ج ٤ ص ١٦٤.

(٢) وليس يخفى عليك أن الشفيع إذا ما طلب أكثر من حقه ورضى المأخوذ منه ان يعطيه ما طلب، لم يمنع من ذلك مانع إذ يعتبر مبادلة جديدة.

على قدر نصيبه م ٩٣٧، غير أنهم إذا كانوا جميعا جيرانا فقد فات الشارع النص على هذه الحال؛ ولذا اختلف شارحو القانون المدنى فى بيان الحكم فيها، فمنهم من رأى تطبيق الحكم الوارد فى قانون الشفعة السابق القاضى بتقديم من تعود على ملكه منفعة من الشفعة أكثر من غيره وذلك على الرغم من إلغائه، وذلك على أساس أن ذلك يعد قاعدة من قواعد العدالة ومنهم من رأى غير ذلك. وأرى أن نص المادة الأولى مدنى وهو إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتض مبادئ القانون الطبيعى. وقواعد العدالة تقضى بتطبيق الحكم الشرعى فى ذلك إذا لم يوجد فيه عرف، وإذا رأينا أن ما نص عليه فى القانون القديم لم يحدث عرفا وهذا هو رأيى فإن الحكم الواجب تطبيقه فى هذه المسألة هو حكم الشريعة وهو يقضى بالتسوية بين الجيران جميعا لا يفضل أحدهم على باقيهم مهما اختلفت أحوالهم.

ويلاحظ أن المشترى إذا كان أحد الشفعاء لم يكن لمن يساوى فى المرتبة أو لمن هو أدنى منه حق مشاركته وإنما يفضل عليه من هو فى درجة أعلى من درجته. فقرة ٣ م ٩٣٧.

كما يلاحظ أنه لا يجوز الأخذ بالشفعة إذا حصل البيع بالمزاد العلنى وفقا للإجراءات التى رسمها القانون، وكذلك إذا وقع البيع بين الأصول والفروع أو بين الزوجين أو بين الأقارب لغاية الدرجة الرابعة أو بين الأصهار لغاية الدرجة الثالثة، أو كان العقار قد بيع ليجعل محلا للعبادة أو ليلحق به. كما لا يجوز للوقف أن يأخذ بالشفعة م ٩٣٩ مدنى مصرى.

الملك بالشفعة

سبب ملك الشفيع : إذا باع المالك العقار دخل فى ملك المشترى بمجرد تمام عقد البيع دون توقف على أدائه الثمن أو على تسلمه من البائع. فإذا استحق الشفيع أخذه بالشفعة لم يتملكه بمجرد طلبه لأن حق الشفيع ضعيف فلا يقوى بمجرد المطالبة على رفع ملك ثابت للمشترى بعقد البيع، ولذا لا يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه إلا بأحد أمرين :

الأول : تسلمه من المشترى عن رضا منه، فيتملكه من وقت تسلمه.

الثانى : قضاء القاضى له به فيملكه من وقت القضاء وإن لم يتسلمه فعلا[1]. فأما تملكه بأخذه من المشترى عن رضا منه فلأن ذلك بمنزلة شرائه من المشترى بما قام عليه، والشراء عقد ناقل للملكية[2].

وأما تملكه بقضاء القاضى فذلك لا يكون إلا عند إباء المشترى، وإباؤه فى هذه الحال ظلم، وقد نصب القاضى لرفع الظلم، فيقوم القاضى حينئذ مقامه فى هذه المعارضة دفعا لظلمه ويملكه للشفيع بما قام به على المشترى، ويدخل الثمن فى ملك المشترى حينئذ جبرا عنه، وكأنه رضى بذلك لقيام القاضى مقامه فيه، كما هو الحال عند نزع الملك جبرا عن صاحبه للمنافع العامة، وإذن يكون تملك الشفيع للعقار المشفوع فيه فى هذه الحالة أيضا عن طريق شرائه من القاضى، أو كأنه اشتراه من القاضى نيابة عن المشترى.

وهذا بين إذا كان المشترى قد تسلم المبيع من بائعه، ولكن إذا حصل القضاء بالمشفوع فيه وهو فى يد البائع، فإن هذا التوجيه لا يظهر، ذلك لأن القضاء على البائع بتسليم المبيع إلى الشفيع فى هذه الحال يصبح به البائع عاجزا عن تسليمه إلى المشترى، وذلك مفسد للبيع، وإذا فسد البيع الصادر للمشترى زال ملكه، عند

(١) ذلك ما أخذت به دوائر محكمة الاستئناف المجتمعة حين رفع إليها هذا الموضوع بسبب اختلاف الأحكام فيه.

(٢) ولذا تكون العهدة على المشترى لأن الشفيع قد تملك منه وليس بين الشفيع والبائع عقد، ولذا لايجوز للبائع حينئذ إذا لم يستوف الثمن من المشترى أن يطالب به الشفيع وإنما يطالب به المشترى.

ذلك لا يصح أن يكون مملكا ولا ينوب عنه القاضى فى التمليك، ولذا قالوا أن القضاء للشفيع فى هذه الحالة ينقض العقد بالنسبة إلى المشترى ويجعل الإيجاب الصادر له من البائع كأنه وجه إلى الشفيع وكأن الشفيع قد قبله، وبذلك يعتبر الشفيع فى هذه الحال مشتريا من البائع[1]. وعلى هذا فالشفيع على أية حال يعتبر مشتريا للعقار المشفوع فيه، إما من مشتريه إن تسلمه منه، وإما من بائعه إن تسلمه منه[2].

ولذلك يثبت له من الخيار ما يثبت للمشترى، فيثبت له خيار العيب وخيار الرؤية دون خيار الشرط، لأنه يتنافى مع اشتراط المطالبة الجازمة بالشفعة، ثم لا يتقيد بما يكون بين بائع العقار ومشتريه من شروط تتعلق بالبراءة من العيوب أو بتأجيل الثمن أو بتقسيطه أو بخيار فسخ ونحوه، لأنه قد أخذه بمبادلة مستقلة عن طريق الرضا أو القهر. فإن وجد بالمبيع عيبا رده بخيار العيب على من تسلمه منه من بائع أو مشتر. وكذلك إذا أخذه قبل أن يراه فيرده بخيار الرؤية إذا أراد على من تسلمه منه.

فإن رده على بائعه لأنه تسلم منه كان المشترى مخيرا حينئذ فى إمضاء

---

(١) ولذا يكون للمشترى إذا كان قد أدى الثمن إلى بائعه أن يسترده منه، وعلى البائع أن يستوفى الثمن من الشفيع. وفى التتارخانية نقلا عن الطورى أن أبا يوسف يرى أن الشفيع له أن يدفع الثمن إلى المشترى عندما يتسلم المبيع من البائع فتكون العهدة على المشترى حينئذ ويكون مسئولا أمام البائع حتى يؤدى إليه الثمن إذا لم يكن قد أداه إليه فإن أدى الشفيع الثمن إلى البائع فى هذه الحال تكون العهدة عليه، وعندئذ يسترد المشترى منه الثمن إذا كان قد دفعه إليه أ هـ رد المختار ج ٥ ص ١٦٠.

(٢) وعلى ذلك فالعبرة بالقبض والتسلم فتكون عهدة الشفيع على البائع إن تسلم المشفوع فيه منه، وتكون على المشترى إن تسلمه منه. وقال ابن أبى ليلى : عهدة الشفيع على البائع فى الحالين لأن الشفيع لما كان متقدما فى تملك المشفوع فيه على مشتريه حل محله، وكانت عهدته على البائع كما كانت عهدة المشترى على البائع. وعن أبى يوسف روايتان (إحداهما) أن عهدة الشفيع على المشترى دائما لأن حق الشفعة ثبت بالشراء فكان من حقوقه، وما كان من حقوق الشىء لا يكون ناسخا له، وكيف يمكن أن ينسخه ويبطله، وإبطال الشراء إبطال لحق الشفعة؟ وإذا بقى الشراء على ذلك كان الشفيع متملكا على المشترى فعهدته عليه، كما لو تسلمه من يده، وهذا قول الشافعى وأحمد. (وثانيتهما) أن العبرة بنقد الثمن، فإن كان المشترى أدى الثمن إلى البائع فالشفيع يدفع الثمن إلى المشترى وعهدته عليه لأن البائع لا يأخذ الثمن مرتين، وإن لم يكن المشترى قد دفع الثمن إلى البائع فالشفيع يدفع الثمن إليه، وتكون عهدته عليه، ويسقط حق البائع فى الثمن قبل المشترى.

صفقتـه أو عدم إمضائها، دون توقف على رضا البـائع وإن رده على مشتريه لأنه تسلم منه كان كل من بائعه ومشتريه ملزما بتنفيذ ما اتفقا عليه من شروط فى عقد البيع الذى تم بينهما وكأنه لم ينقض.

الشفعة سبب من أسباب الملك عند غير الحنفية :

ذهب مالك إلى أن الشفيع يتملك المشفوع فـيه بقوله : أخذته بالشفعة، وما فى مـعناه دون اشتـراط قضاء من الـقاضى أو رضـا من المشتـرى متى كان عـالما بالثمن[1].

وقال أحمد : يملكه بذلك الطلب، وإن لم يعلم الثمن.

وقال الشـافعى : يملكه به بشرط أن يدفع الثمن إلى المـشترى[2] أو يرضى المشترى بثبوته دينا فى الذمة. كـما يملكه كذلك بالقضاء به عند النزاع، وعند ذلك لايسلمه المبيع إلا بعد دفع الثـمن، وله أن يمهله ثلاثة أيام، وإلى هذا ذهب أحمد أيضا، فإن مضت ولم يدفعه فسخ القاضى الملك.

وذهب أحمـد إلى أن للمـشترى الحق فى الـفسخ إذا تملك الشـفيع العـقار وطلب الإمهال فأمهل المدة المسـتحقة له وهى ثلاثة أيام ولم يدفع مع ذلك الثمن، وله هذا الحق دون حاجة إلى قضاء القاضى.

---

(١) وفى منح الجليل عن ابن شاس : يملك الشـفيع المشفوع فيـه بأداء الثمن وإن لم يرضا لمشتـرى، وبقضاء القاضى له بالشفعـة عند الطلب، وبمجرد الإشهاد على الأخذ، وبقوله : أخـذت وتملكت ونحوهما، ويلزمه ذلك إن قاله عالما بالثمن فإن لم يكن يعلمه لم يلزمه ذلك. وعلى ذلك إذا تملك ولم يدفع الثمن بعد الإمهال فذلك على ثلاث صور :

الأولى : أن يسلم له المشتـرى بالمشفوع فيـه صراحة، بأن يقـول : سلمت له الأخذ بالشفعـة أو رضيت ذلك. وفى هذه الحال يبـاع المشفوع فيـه على الشفيع. فإن وفى ثـمنه بحق المشترى فيـها. وإلا بيع من ملك الشفيع ما يوفى به بقية الثمن إلى المشترى.

الثانية : أن يسكت المشترى فلا يبدى رغبة فى اخذ الشفـيع للمشفوع فيه، وعندئذ يكون الخيار للمشترى إن شاء أخذ المشفوع فيه وإن شاء طلب أن يباع من مال الشفيع ما يوفى حقه.

الثالثة : أن يقول الشفيع ابتداء : أنا آخذ، ولم يقل : أخذت، ويسكت المشترى عن إبداء رأيه. وفى هذه الحال يعطى المشفوع فيه للمشترى الا أن يتفقا على إمضائه للشفيع وإتباعه بالثمن. وقيل : إن أراد المشترى فى هذه الحال أن يلزم الشفيع بأخـذ المشفوع فيه كان له ذلك جبرا عن الشفـيع، وعند ذلك يباع من ماله ما يفى بحق المشترى. راجع منح الجليل ج ٣ ص ٦٠٣ وما بعدها.

(٢) إذا امتنع المشترى عن قـبض الثمن خلى الشفيع بينه وبينه، أو يرفع أمره إلى القـاضى ليلزمه بالقبض أو يقبض عنه «روض ج ٢ ص ٣٦٨».

وجه قولهم : أن الشارع جعل الشفيع أحق بالمبيع من المشترى، رضى ذلك أو أبى فلا يتوقف تملك الشفيع المبيع على رضاه، ولم يرد عن الشارع أن اشترط لتملكه قضاء القاضى. ووجهة الحنفية تتلخص فى أن تملك الشفيع برضا المشترى وتسليمه مبادلة حقيقية بينهما فلا كلام ولا اعتراض عليها، فإذا لم تتم هذه المبادلة بسبب إباء المشترى كان لابد من الالتجاء إلى القضاء لثبوت الملك؛ لأن ملك الشفيع يتوقف على شروط وأشكال لا يخلو تحققها من نزاع لما يلابسها من الخفاء، فوجب أن يرجع إلى القضاء لأجل ذلك حتى لا يكون مثارا للنزاع.

وذهب الشافعية : إلى أن الملك بسبب الشفعة إنما يكون بما يصدر من الشفيع من لفظ يدل على تملكه بها أو نحوه ككتابة أو إشارة من الأخرس كأن يقول الشفيع تملكت أو أخذت بالشفعة أو اخترت الأخذ بها، ويشترط مع ذلك أن يكون عالما بالثمن وتسليمه العوض إلى المشترى أو رضا المشترى بثبوت الثمن فى ذمته أو قضاء القاضى له بالشفعة[1].

(١) نهاية المحتاج ص ٢٠١ جزء ٥.

ما يجب على الشفيع أداؤه

ذكرنا فيما مضى أن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بمثل ما تملكه به المشترى إن كان البدل مثليا، وبقيمته إن كان قيميا والمعتبر قيمته وقت عقد البيع، فإذا زادت قيمته أو نقصت بعد ذلك ولو حين قيام الشفيع بأدائها لم يلتفت إلى شيء من ذلك، ووجب على الشفيع أن يدفع قيمته التى كانت له عند الشراء، ويضاف إلى ذلك جميع النفقات الضرورية التى أنفقها المشترى فى إتمام صفقة البيع كأجرة الدلالة «السمسرة» وكتابة العقد ورسوم تسجيله.

الحط من الثمن :

غير أن الثمن بعد تمام العقد به يكون عرضة للحط منه والزيادة عليه، فإذا حط البائع منه شيئا عن المشترى انتفع الشفيع بذلك الحط، فيأخذ المبيع بالباقى من الثمن بعد الحط.

وعلة ذلك : أن الشفيع كما قدمنا يتملك بمثل ما يتملك به المشترى أو بقيمته، وأن الحط من الثمن يلتحق بأصل عقد البيع. فإذا اشترى دارا بألف جنيه، ثم حط منه البائع مائتين التحق ذلك بأصل العقد، وكأن المشترى قد اشتراها ابتداء، بثمانمائة جنيه فقط فيتملكها الشفيع بهذا المبلغ لا بالألف، ولذلك إذا دفع الشفيع للمشترى الألف ثم حط البائع من المشترى مائتين رجع الشفيع على المشترى بمائتين فاستردها منه. والنتيجة أن حط البائع بعض الثمن عن المشترى - سواء أكان ذلك قبل أداء الثمن أو بعده - يظهر فى حق الشفيع فلا يلزم الشفيع إلا بالباقى بعد الحط.

هبة بعض الثمن أو الإبراء منه :

ومثل ذلك فى الحكم : هبة بعض الثمن والإبراء منه لأنهما كالحط فى المعنى والنتيجة على ما ذهب إليه السرخسى، فيصحان ويترتب على كل منهما أثره، ويظهر فى حق الشفيع - وإن حدث بعد أداء الثمن - خلافا لمن رأى أن الإبراء لا يجوز إلا قبل أداء الثمن. وأما الهبة فتصح قبله وبعده.

حط الثمن جميعه أو هبته أو الإبراء منه :

ولكن إذا حط البائع كل الثمن أو وهبه للمشترى أو أبرأه منه لم يظهر ذلك فى حق الشفيع لأن الشفيع لا يتملك بالمجان؛ ولأن ذلك لا يلتحق بأصل العقد،

لأنه إن التحق به كان البيع بلا ثمن. ولا بيع بغير ثمن، وإنما يكون هبة ولاتثبت بها الشفعة وعندئذ يتملك الشفيع العقار المشفوع فيه بالثمن المتفق عليه مثلا أو قيمة إن كان التنازل عنه بعد أدائه إلى البائع وبقيمة العقار المبيع إن كان التنازل عنه قبل أدائه، ولعل وجه التفرقة بين الحالين أن التنازل عن الثمن بعد أدائه أشبه بالهبة الحقيقية والمستقلة عنه بالحط والتنازل، فانقطعت صلته بالبيع، فيجب حينئذ على الشفيع أداء الثمن أو قيمته، ولكن إذا حصل التنازل عن الثمن قبل أدائه كانت صلته بعقد البيع أوثق لأنه إسقاط لبعض آثاره، وهو الثمن، وقد كان مقتضى ذلك أن ينقلب العقد تبرعا، فيسقط حق الشفيع فى الشفعة، ولكنا لم نذهب إليه بعد أن تقرر حق الشفعة إلا محافظة على الحقوق وعلى ألا يكون لغير صاحب الحق سلطان عليه، وكان من العدل حينئذ : أن يلزم الشفيع بقيمة العقار، بعد أن تبين أن المعاوضة بين البائع والمشترى قد ذهبت وتلاشت، وأن المشترى قد تملك العقار بلا عوض؛ ذلك لأن الشفيع إنما يلزم بالعوض، وقد ظهر أن لاعوض، فلم يبق إلا أن يتملكه الشفيع حينئذ بقيمته لأنه لا يتملك بالمجان.

الزيادة فى الثمن :

وأما إذا زاد المشترى فى الثمن بعد تمام العقد فلا تظهر هذه الزيادة فى حق الشفيع، فإذا بيعت دار بألف، ثم زاد المشترى مائة فى ثمنها بعد تمام العقد لم تلزم الشفيع وأخذ الدار بالألف، لأن حقه فى أخذها بالألف قد ثبت له بتمام البيع بهذا الثمن، فلا يستطيع أحد إبطال هذا الحق بعد ثبوته، حتى لايلحق به ضرر. ذلك ما ذهب إليه الحنفية فى بيان ما يأخذ به الشفيع.

وذهب المالكية إلى أنه يأخذ بمثل ما أخذ به المشترى إن كان الثمن مثليا أو كان دينا بذمته وبقيمته إن كان قيميا وتعتبر القيمة يوم البيع، كما يأخذ بقيمة الشقص إن كانت المعاوضة بشىء غير متمول كنكاح وخلع وصلح عمد على نفس. وإذا كان الثمن مؤجلا أخذه بأجله بشرط يسار الشفيع يوم الأخذ وإلا وجب أن يضمنه ملىء أو يعجل الثمن فلو لم يفعل لم يكن له شفعة. وإذا تساوى الشفيع والمشترى فقرا كان للشفيع الأخذ مع الأجل دون إلزامه بضامن، وإذا أعطى المشترى رهنا أو أتى بضامن أخذه الشفيع برهنه وضامنه إن لم يعجل الثمن. ويضاف إلى الثمن أجرة الدلالة وكتابة الوثيقة ومكس مقرر على البيع ظالم.

وذهب الشافعية إلى أن الشفيع يأخذ بمثل ما أخذ به المشترى إن كان مثليا وبقيمته إن كان قيميا وتعتبر القيمة يوم البيع وقبل يوم استقراره بانقطاع الخيار وإذا كان الثمن مؤجلا فالأظهر أن يخير بين أن يعجله ويأخذ فى الحال أو يصبر إلى وقت الحلول ويأخذ دفعا للضرر ولا يسقط حقه بتأخيره أداء الثمن لعذر. وفى النكاح يأخذ بمهر المثل، وكذلك فى الخلع إذا جعل الشقص فيهما عوضا كما تقدم.

وذهب الحنابلة إلى أن الشفيع يتملك المبيع بلا حكم حاكم بمثل الثمن الذى استقر عليه العقد وقت لزومه قدرا وجنسا وصفة إن قدر الشفيع عليه ويمهل يومين أو ثلاثة إن طلب الإمهال فإذا مضت الأيام الثلاثة ولم يدفع الثمن فللمشترى الفسخ من غير حكم حاكم، وإذا كان الثمن مثليا أخذ الشفيع بمثله وإلا أخذ بقيمته وقت لزوم العقد، والأخذ بالشفعة عندهم نوع بيع لأنه تملك المبيع بثمنه ولكن لا خيار فيه لأن الأخذ بالشفعة قهرى ولكونه ضربا من البيع اشترط لصحته العلم بالمبيع والعلم بالثمن فلم يصح الأخذ مع جهالتهما أو جهالة أحدهما. وللشفيع المطالبة بالشفعة مع الجهالة ثم يتعرف مقدار الثمن ولايلزم المشترى التسليم إلى الشفيع إلا بعد قبض الثمن. وإذا أفلس الشفيع خير المشترى بين الفسخ وبين المساهمة مع الغرماء بقدر الثمن وما يزاد فى الثمن أو يحطه منه فى مدة الخيار يلحق بالعقد لا ما زيد أو حط بعد مدة الخيار، وإذا كان الثمن مؤجلا أخذ الشفيع به مؤجلا إن كان مليئا وإلا أتى بكفيل مليء دفعا للضرر عن المشترى، وإذا لم يعلم الشفيع بالبيع حتى حل ثمنه المؤجل فالثمن كالحال.

مطالبة الشفيع بالثمن المؤجل:

إذا كان الثمن الذى تم العقد عليه مؤجلا أو منجما خير الشفيع عند أئمتنا الثلاثة بين أخذ العقار المبيع فى الحال بثمن حال فيلزم به فى الحال[1]، وبين أن ينتظر حتى يحل الأجل ويستحق أداء الثمن كله، فيأخذ المبيع حينئذ ويلزم بالثمن. وليس يعفيه ذلك من وجوب المبادرة إلى طلب الأخذ بالشفعة مواثبة وتقريرا عند الطرفين، فلو ترك أحدهما مع التمكن منه سقط حقه فى الشفعة، لأن حق الشفعة

(١) وإذا اختار أن يدفعه كله حالا، فدفعه إلى المشتري - لأنه تسلم المبيع منه - لم يلزم المشترى حينئذ بدفع الثمن إلى البائع إلا عند حلول اجله، لاستقرار العقد بينه وبين البائع على شروطه؛ كما فى المبسوط ج ١٤ ص ١٠٣.

يترتب على وجود العقد، فلابد أن يقرر تمسكه فى الحال عند العلم وإلا سقط، ولكن له إذا ما اختار إرجاء الثمن إلى أجله أن ينتظر فلا يطلب من المشترى أن يسلم المبيع إليه إذا ما كان راضيا مستعدا لتسليمه إياه ولا أن يرفع أمره إلى القاضى عند إبائه عليه حق الشفعة حتى إذا حل الأجل طالب بالمبيع وألزم بدفع الثمن. وذهب أبو يوسف أخيرا إلى أن له الحق كذلك فى أن ينتظر بالمطالبة ابتداء لأن الطلب ماشرع إلا ليكون وسيلة إلى الأخذ عقبه وذلك غير متأت لتأجيل الثمن وعدم رغبة الشفيع فى دفعه حالا، وإذن فلا يجب عليه أن يطلب الشفعة مواثبة وتقريرا إلا عند حلول الأجل. وقد ذهب الشافعى على الأظهر من قوليه إلى ما ذهب إليه أئمتنا الثلاثة[1].

ونص فى المادة ٩٤٥ مدنى مصرى على أن الشفيع يحل محل المشترى فى جميع حقوقه والتزاماته لا فى الأجل الممنوح له إلا برضا البائع وإذا استحق المبيع رجع الشفيع بالثمن على البائع دون غيره.

وبناء على ما تقدم إذا ما بيعت أرض بمبلغ ألف جنيه كان لشفيعها حق

---

(١) وذهب زفر إلى أن الشفيع يستحق أخذ المشفوع فيه بما تم التعاقد عليه قدرا وجنسا وصفة، فإذا كان الثمن حالا أخذه حالا؛ وإذا كان منجما أو مؤجلا كله أخذه بنجومه ومؤجلا إلى أجله وذهب أحمد إلى ما ذهب إليه زفر مشترطا يسار الشفيع، فإن كان معسرا لم يكن له إلا أن يأخذ أو يأخذه مؤجلا إلى أجله بشرط أن يحضر كفيلا به تتوافر فيه الملاءة والقدرة على أداء الثمن فى أجله، دفعا للضرر عن المشترى أو البائع. وقال مالك : إذا كان الثمن مؤجلا وقد وثقه المشترى برهن أو كفيل وأراد الشفيع أن يأخذه بثمنه إلى أجله وجب عليه لذلك أن يوثقه برهن مثل رهن المشترى أو بكفيل ملىء ككفيل المشترى، فإن لم يوثقه المشترى بشىء من ذلك وكان الشفيع مثله فى اليسار اخذه بمثل ما أخذ به المشترى إلى أجله وإن كان الشفيع أدنى حالا من المشترى لزمه أن يوثقه برهن أو كفيل؛ وإلا سقطت شفعته فى جميع الأحوال المتقدمة إذا لم يقم بذلك. والفكرة العامة فى هذا الخلاف ترجع إلى المحافظة على حقوق كل من البائع والمشترى والشفيع دون الإضرار بأحدهم؛ فالحنفية والشافعية يرون أن الأجل ما كان إلا نتيجة لاشتراط فى العقد، وما تم الاتفاق على هذا الشرط إلا لقصد الترفيه عن المشترى مع الثقة به والطمأنينة إلى وفائه بما عليه من ديون، فإذا تحولت الصفقة إلى غيره بطل الإشتراك، لأن البائع لم يلتزمه إلا للمشترى ولم يلتزمه للشفيع، وقد لا يرغب البائع أو المشترى فى الترفيه عن الشفيع، وقد تكون ثقتهم به معدومة ولا يطمئنون إلى وفائه لما عليه من ديون، فلا يستحق الشفيع عليهما تأجيلا. ويرى زفر أن الأجل صفة فى الثمن فيه قيمتها ووزنها. وما دام الشفيع لا يتملك إلا بمثل ما يتملك به المشترى او بقيمته فإنه يجب أن يتملكه بالثمن مؤجلا إلى أجله كما تملكه المشترى بذلك، وقد تكون هذه النظرة للمالكية والحنابلة أيضا وكلهم راعوا فيها عدم الإضرار بالبائع أو المشترى فشرطوا ما شرطوا من اليسار أو التوثيق بالرهن أو الكفيل. وقد أخذ قانون الشفعة برأى الحنفية لأنه أبعد عن المنازعة.

أخذها بهذا الثمن فإذا حط منه شيء بعـد ذلك حط عنه كذلك بقدره وإذا زيد فيه لم يزد عليه، وللشفيع إذا علم أن الثمن صورى وأن الحقيقى أقل مما جاء فى وثيقة البيع أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، فإذا أثبته أمام القضاء أخذ الأرض بالثمن الحقيقى، وإذا كان الثمن مؤجلا فإما أن يختار الشفيع أخذ الأرض فى الحال ويلزم بدفع الثمن حالا. وإما أن ينتظر بطلب تسليم الأرض إلى حلول الأجل، فإذا حل طلب أن تسلم إليه وأعطى عندئذ الثمن.

وقد سـبق بيان الحكم فيـما إذا كان الثـمن مؤجلا عند المالكيـة والشافعـية والحنابلة.

تصرف المشترى فى المشفوع فيه وزيادته ونقصه فى يده

تصرف المشترى فى المشفوع فيه :

إذا تم عقد البيع بين البائع والمشترى ثبت ملك المشترى فى المبيع. ولا يرفعه عند الحنفية مطالبة الشفيع أن يأخذه بالشفعة - كما قدمنا - وإنما يثبت للشفيع بهذه المطالبة حق يتعلق بالمبيع، وهذا الحق هو استحقاقه لأخذه جبرا عن المشترى إذا رغب فى ذلك وأنفذ تلك الرغبة وهذا الحق لايحول بين المشترى وبين تمتعه بآثار ملكه، فله أن ينتفع بالمبيع كما يشاء وعلى أى وجه أراد، فيستعمله أو يستغله ويزيد فيه أو ينقص، ويبيعه ويهبه ويوصى به ويقفه، وعلى الجملة لا يتقيد المشترى فى انتفاعه بالمبيع ولا فى تصرفه فيه بأى قيد، لافرق فى ذلك بين أن يصدر ذلك منه قبل المطالبة بالشفعة وأن يصدر بعدها. فتعتبر جميع تصرفاته نافذة من وقت تمامها، ولكنها مع ذلك لا تمنع الشفيع من حقه، فله أن يطلب الأخذ بالشفعة وحينئذ تكون عرضة للنقض والإبطال إذا قضى للشفيع بالشفعة فإن القضاء له بالمبيع فى هذه الحال يبطل تلك التصرفات عدا القسمة مع البائع[1] حتى لو كان التصرف بوقف العقار مسجدا أو مقبرة أو بهبة لآخر مع تسليمه إليه غير أن

---

(١) إذا اشترى شخص شقصا من دار ثم قاسم شريكه فتحت ذلك صورتان :

الأولى : ألا يكون له فى هذه الدار شريك سوى بائعه الذى اشترى منه الشقص وقد قاسمه واختص بناحية فى الدار، وفى هذه الحال إذا أخذ الشفيع بالشفعة أخذ الحصة المفرزة ولا تنقض القسمة لأن القسمة مع البائع من تمام التسليم إلى المشترى، إذ المقصود من قبض المبيع حيازته وتمامها يكون بالقسمة ولا مسوغ لنقض قسمة يحتاج إلى إعادتها فى الحال عند تسليم المبيع إلى الشفيع، وسواء فى ذلك أن تكون القسمة تمت بقضاء أم بغير قضاء. وروى الحسن عن أبى حنيفة أنها إذا تمت بالتراضى كان للشفيع أن ينقضها إذ تصير فى هذه الحال كتصرف صادر من المشترى لما فيها من معنى المبادلة على التراضى وقد يستفيد من هذا النقض، أما فى حال جريانها بالقضاء فتعتبر طريقا لتعيين المبيع بالقضاء. فإما أن يأخذ الشفيع ما عينه القضاء بيعا أو يترك، راجع المبسوط ص ١٠٩ ج ١٤. وفى الهندية ص ١٨١ ج ٥ أن الشفيع إذا ما الزم بالقسمة التى أتمها المشترى مع الشريك البائع كان له أن يجعل حصة المشترى فى أى جانب من المبيع حتى يكون ذلك طريقا لرفع ما قد يراه من الغبن. وهذا لا يخلو من نقد وجهه بأن مآله نقض القسمة وبخاصة إذا لم تكن الحصتان متساويتين.

الثانية : أن يكون للمشترى شريك آخر غير البائع وقد تمت القسمة بين الثلاثة، وفى هذه الحال يكون للشفيع نقض القسمة إذ القسمة حينئذ ليست من تمام التسليم والقبض، بل تصرف مستقل عن الشراء فيحق للشفيع نقضه حتى يتجنب فى القسمة الغبن، راجع الهندية ج ٥ ص ٢٨١ من باب تصرف المشترى فى المشفوع فيه.

المشترى إذا باع العقار المبيع لآخـر، كان الشفيع بالخيار حينئـذ إن شاء أخذ بالبيع الأول وإن شاء أخذ بالبيع الثانى لأن كل عقـد يثبت له حق الأخذ بالشفعة[1] فإن أخذ بالأول بطل الثانى وإن أخذ بالثانى لزم الأول.

وإذا تصرف المشترى فى العقار المشفوع فيه فوهبه لآخر وسلمه إليه أو جعله مسجـدا وطلب الشفيع أخذه بالشفـعة، فإن رضا المشـترى فى هذه الحالة لايكون كافيا لتملك الشـفيع العقار المشفوع فيه؛ لزوال يد المشترى عنه ونفـاذ تصرفه فيه. وثبوت حق غيره عليه، وإذن فلابد للشـفيع من القضاء له به حتى يتملكه، ويبطل حق غـيره فـيه، فـإذا قضى له به ترتـب على ذلك بطلان الوقف أو الهبـة، لأن القضاء قد أظهر أن حقه فى المبيع كان أقوى من حق المشترى فيه، وأنه أولى به منه وأن المشترى قد تصرف فيه مع تعلق حق الشفيع به، فلا ينفذ تصرفه منعا للإضرار بالشفيع وإلى هذا ذهب الشافعى[2].

ويرى المالكية أن المشـترى يتملـك العقار المبـيع بالعقد كـما ذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية وله بناء على ذلك حق استـغلال المبيع والانتفاع به والتصرف فيه بالبيع وغـيره، فإذا باعه لثالث أخـذ الشفيع بأى بيع شاء وتكون العـهدة على من أخذ الشفيع ببيعه فيـرجع عليه عند ظهور العيب، وهذا إذا لم يعلم بتعدد البيع أو علم بتعدده وهو غائب، أما إذاعلم بتعدده وهو حاضر كان له الأخذ بالأخير فقط

(١) إذا تساوى الثمنان فى البيـعين فلا إشكال كدار يبيعها محـمد لأحمد بالف جنيه ثم يبيعهـا احمد لرشيد بألف جنيه فيأخذها شفيعها بألف جنيه استنادا إلى أى البيعين شاء ويدفع الثمن إلى من يتسلم منه الدار، وإن كان الثمن فى البيع الثانى اكثر بأن باعها أحمد لرشيد بألف ومائتى جنيه فالمعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الأول لقلة ثمنـه ويتسلم الدار ممن هى فى يده، ويؤدى إليه الثـمن وهو الألف، فإن كان الأداء لأحـمد لأنه تسلم منه الدار، رجع رشـيد على أحمد بما دفـعه إليه من ثمن (١٢٠٠) إن كـان قد دفعـه إليه وإن أداه لرشيد لأن الدار كانت فى يده،رجع رشيد على احمد بالفـرق بين الثمنين وهو مائتا جنيه إن كان قد دفع إليه الثمن حـتى يسلم له ماله، فإن لم يكن قـد دفع إليه الثمن لم يكن عليـه إلا ان يدفع الألف التى اخذها من رشيد إلى أحمد لان ذلك المبلغ حقه.

وإذا كان الثمن فى البيع الثانى أقل، بأن باعها أحمد لرشيد بثمانمائة جنيه فالمعقول أن الشفيع يأخذها بناء على البيع الثانى لقلة ثمنه ويدفعها إلى من يتسلم منه الدار. وليس لرشيد إن كان قد أدى الثمن إلى احمد إلا ان يرجع به عليه إذا لم يأخذه من الشفيع.

(٢) وذهب أحمد إلى ان تصرف المشـترى فى المشفوع فيه قبل المطالبة به يبطل حق الشـفعة إذا كان بوقف او بهبة أو بتصدق، مـحافظة على حقوق الموقوف عليهم والموهوب له والمتصدق علـيه، لأنها نشأت عن تصرف مالك فى ملكه ولايبطل إذا مـا تصرف المشترى برهن أو بإجـارة، لبقاء ملك المشتـرى مع ذلك، وإذا تصرف ببيع كان للمشفوع فيه أن يأخذ بالشفعة إن شاء بالبيع الأول وإن شاء بالبيع الثانى كشاف ج ٢ ص ٣٨٦.

لأن سكوته مع علمه بتعدد البيع دليل على رضاه بالشركة مع من اشتراه عدا الأخير، وعندئذ يدفع الثمن لمن أخذ منه المبيع،ويلاحظ أنه عند تعدد المبيع وثبوت الحق للشفيع بأن يأخذ بأى بيع شاء فإن البائعين حينئذ يتحاسبون فيرد كل منهم على صاحبه ما أخذه من الشفيع زيادة بدون مقابل(١).

زيادة المشفوع فيه فى يد المشترى :

وإذا نما المشفوع فيه فى يد المشترى، بأن حدث النماء بعض القبض فأخذه المشترى قبل تملك الشفيع كان خالصا لأنه نماء ملكه، فإذا أجر المشترى الأرض بعد تسلمها كانت الأجرة المستحقة عن المدة السابقة على تملك الشفيع خالصة للمشترى لأنها غلة ملكه، وكذلك إذا كان فى الأرض شجر فأثمر وأدرك وأخذ المشترى الثمر أو زرعها فاستحصد الزرع وحصد المشترى فلا يكون للشفيع أن يأخذ شيئا من ذلك بخلاف ما إذا كان الثمر موجودا عند الشراء فإن له حكما آخر سيأتى فى أحكام نقص المشفوع فيه، وبخلاف ما إذا أثمر الشجر فلم يجنده المشترى حتى حكم للشفيع فإنه يكون للشفيع حينئذ تبعا لأصله كما فى التبيين والبحر والهداية(٢).

وإذا زاد المشترى فى العقار المشفوع فيه قبل أن يتملكه الشفيع. ثم قضى للشفيع بأخذه فإنه يأخذه بالثمن ابتداء، أما حكم هذه الزيادة فيختلف باختلاف حالها، فإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال سواء أكان ذلك راجعا إلى طبيعتها- كإصلاح الأرض بشق مصارفها وكثرة غسلها بالماء وتسميدها وشق المراوى فيها وحفر الآبار وورفع الأحجار والرمال منها ومعالجة تربتها بالمواد الكيميائية وغير ذلك- أم كان راجعا إلى أنها إذا فصلت ذهبت قيمتها كطلاء أخشاب الدار وجدرها مثلا : فإن الشفيع يأخذ المبيع بثمنه مضافا إليه ما زادته هذه الزيادة فى قيمته. فإذا كان المشترى قد اشترى العقار بألف جنيه فأصبح بعد الزيادة فيه بسببها يساوى ١٥٠٠ جنيه أخذه الشفيع بذلك(٣).

وإن كانت هذه الزيادة لا تقبل الانفصال بلا ضرر يحدث فى العقار من انفصالها، وكان لها نهاية معلومة كالزرع فى الأرض، فإن العقار يبقى فى يد

(١) الشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٢٠٧.

(٢) ولعل وجه ذلك : أنه فى هذه الحال يعتبر كالجزء من المبيع، وخاصة إذا لم يدرك وليس يزيل هذا ما فى هذا الحكم من موجبات النقد. فإن النماء على أية حال يعتبر مالا قد تولد من مال مملوك للمشترى فيجب أن يكون ملكا له تبعا لأصله، ولا يستحقه الشفيع على أية حال.

(٣) محل ذلك : إذا كانت قيمة العقار عند بيعه ألفا كثمنه، أما إذا كانت قيمته عند البيع ثمانمائة جنيه ==

المشترى إلى أن يستحصد الزرع ويدرك فيحصد، ثم تسلم الأرض بعد ذلك إلى الشفيع، ولا يمنع ذلك أن يقضى للشفيع بشفعته، ولذلك يستحق أجر مثل الأرض على المشترى طيلة مدة بقائها فى يده.

وذهب بعض الحنفية إلى أنه لا يقضى للشفيع فى هذه الحال بشفعته، إلا بعد أن يدرك الزرع وهذا ما فى المبسوط (ج ١٤ ص ١٣٣) وحينئذ لا يستحق الشفيع على المشترى أجرا. وإلى هذا ذهب الإمام مالك وأحمد(١) والأول أصح عند الحنفية. وإن لم يكن لها نهاية معلومة كالبناء والغراس، كان للشفيع أن يكلف المشترى بهدم بنائه ورفع أنقاضه، وبقلع شجره وأخذ أخشابه ليتسلم العقار خاليا مما زاده فيه المشترى، مادام متمسكا بحقه فى الشفعة ويجوز لهما فى هذه الحال أن يتفقا على أن يأخذ الشفيع العقار وما عليه من البناء والشجر مستحقى القلع(٢).

أما إذا كان فصل هذه الزيادة من الأرض يضر بها بسبب ما يحدثه فيها من حفر عميقة أو اختلاط بين طبقاتها المختلفة المادة. فإن المشترى لا يمكن فى هذه الحال من رفع زيادته وللشفيع حينئذ أن يتملكها إذا أراد جبرا عنه بقيمتها مستحقة القلع دفعا للضرر عن نفسه. ولا ضرر على المشترى فى ذلك لأنه يعد ظالما بإبائه البيع وإصراره على رفع زيادته مع ما يترتب على ذلك من ضرر بالأرض وهذا ما جاء فى كتب ظاهر الرواية من أحكام فى هذا الموضوع(٣).

= وقد صارت قيمته بالزيادة ١٥٠٠ جنيه خمسمائة جنيه وألف، فإن مقدار ما زادته الزيادة فيه سبعمائة جنيه، وحينئذ يأخذه الشفيع بسبعمائة وألف، اى بالثمن مضافا إليه الزيادة أو يترك. هذا ما يظهر لى من قولهم : إن شاء ترك وإن شاء أخذ بالثمن وأعطى ما زاد فيها المشترى. راجع الخانية ج ٣ ص ٥٤١، والذى يظهر من قوله ما زاد فيها المشترى أن العقار يقوم قبل الزيادة التى زادها المشترى ثم يقوم بعدها، والفرق هو ما زاد فيه المشترى ولايقوم حين العقد حتى لا يكلف الشفيع زيادة ترتبت على زيادة الأسعار فى الفترة بين العقد وبين عمل المشترى.

(١) ذهب الشافعى وأحمد إلى أن الزرع والثمر يبقيان فى الأرض بلا أجر إلى أوان الحصاد للزرع، والجذاذ للثمر لأنه زرع ملك نفسه، وهذا يدل على أن الثمر لا يكون للشفيع فى هذه الحال، كما ذهب الحنفية : بل للمشترى، وهذا الرأى أوجه لأنه ثمار مال مملوك للمشترى، وإن كان لما يدرك.

(٢) إذا كان أساس هذا تراضيهما معا فإن تحديد أخذ الزيادة بهذه القيمة يكون قليل الفائدة، لأن العوض سيكون نتيجة لاتفاقهما أيضا. وقد يتجاوزان به إلى قيمتهما قائمين، ولا حرج عليهما فى ذلك.

(٣) فى هذه الحال انتفع الشفيع بما زادته الزيادة من قيمة فى العقار نظير قيامه بدفع قيمتها مستحقة القلع، وذلك أقل من الزيادة بكثير، وفى الحال الأولى ينتفع بالزيادة نظير دفع ما زادته من قيمة، وهذا عدل، وما خالف بين الحالين فى الحكم إلا أن الزيادة التى زادها المشترى فى إحداهما لا تقبل الانفصال وفى الأخرى تقبل الانفصال ولكن لا يمكن منه المشترى لما يترتب عليه من الضرر بالعقار، فهل هذا فرق يبرر الاختلاف فى الحكم؟ اللهم لا .

وذهب أبويوسف فى رواية عنه إلى أن الشفيع ليس لـه فى الأحوال السابقة حق تكليف المشترى بهدم البناء وقلع الشجـر، ولكن إذا أصر على الأخذ بالشفعة أخذ العقار بثمنه مضافا إليـه قيمة البناء أو الشجر باقيين فى الأرض. ذلك لأنه لم يكن فى بنائه ولا فى غـرسه مـتعـديا، لأنه إنما بنى وغرس فى ملكـه، فإذا أراد الشفـيع أخذ ملكه جبرا عنه بحـق الشفعة وجب ألا يتـرتب على ذلك ضرر به. وليس فى أخذه على هذا الوجه ضرر بأحدهما؛لأن الشفيع يأخذ ما زاد فى الأرض بقيمته، والمشترى قدم عوض عنه بهذه القيمة، وإذا كان فى إلزام الشفيع بأخذ شىء قد لا يرغب فـيه بعض ضرر، فهـو أدنى من ضرر المشتـرى حين يؤخذ منه البناء والشجر بقيمتهما مستحقى القلع، وعند تعارض الضررين يحتمل الأقل.

ووجه ظاهر الرواية : أن المشترى حين بنى أو غرس فعل ذلك بملك تعلق به حق مؤكـد لغيره من غـير إذن منه، وهو تصـرف يمس حقه، لعـدم إمكان تسليم العقار إليه حينئذ بدون هذه الزيادة، فكان بذلك متعديا، لأن حق الشفيع أقوى من حقه، ألا ترى أنه يسـتطيع نقض تصرفات المشترى جـميعها؟ ولهـذا كان عليه أن يتريث إلى أن يفصل فى أمر الشفعة، وإذ لم يفعل لزمه أن يتحمل ما يترتب على فعله هذا من ضرر، وبرأى أبـى يوسف أخذ أحمد : «كمـا فى كشاف القناع» إذا كان المشترى قد بنى أو غرس قبل طلب الشفيع لا بعده.

وفى كتب الحنفية أن مذهب الشـافعى ومالك كرأى أبى يوسف، ويؤيده ما فى المدونة وما فى كتاب اختلاف العراقيين للشافعى، ولكن الموجود فى النهاية : (من كتب الشافـعية) أن للشفيع الخـيرة، فإما أن يبقى البناء والشـجر بأجر المثل، وإما أن يكلف المشترى قلعهما. ويلتزم له بالفرق بين قيمـتهما مقلوعين، وقيمتهما قائمين، وإما أن يتملكهما قائمين[1].

وقد أخذ قـانون الشفعة برأى وسط، اسـتنبطه مما ذهب إليه الحنفيـة، فأخذ برأى الطرفين إذا ما بنى المشترى أو غرس بعد مطالبـة الشفيع بالشفعة، ورأى أبى يوسف إذا مـا فعل ذلك قبـل مطالبة الشـفيع بهـا، وهو توفيق حـسن لأن إقدام المشـترى على البناء والغـراس بعد الطلب إهمـال بيِّن لحق الشفـيع بعد أن تـقرر

(١) راجع النهاية والروض من كتاب الشفعة.

بالطلب، فيكون به متعديا، فيعامل معاملة المتعدى، ويتحمل ما يترتب على عمله من ضرر، بخلاف ما إذا كان ذلك قبل طلب الشفعة، فإن حق الشفيع حينئذ لم يتقرر، وعساه لا يطلبها فلا يظهر تعديه.

نقض المشفوع فيه فى يد المشترى : وإذا نقص المشفوع فى يد المشترى، فإن كان النقص فيما يقيمه مما يدخل فى عقد البيع تبعا من غير نص عليه فى العقد، كالبناء والشجر، اختلف الحكم باختلاف سبب هذا النقص، فإن كان النقص من غير تعد، كانهدام البناء لتصدعه أو لزلزال حدث، وكجفاف الشجر لآفة أصابته، لم يكن للشفيع إذا أراد الشفعة إلا أن يأخذ العقار المشفوع بثمنه دون نقص منه فى مقابلة ماانهدم من البناء أو ماجف من الشجر، لأنهما ما دخلا فى عقد البيع إلا تبعا، وماكان كذلك لايخصه حصة من الثمن فإذا زال لم ينقص الثمن بسبب زواله[1] ولكن إذا بقيت أنقاض البناء أو أخشاب الشجر لم يأخذها الشفيع لأنه لايأخذها إلاباعتبارها تابعة للعقار، إذ لا شفعة فى المنقول، ولاتعتبر تابعة إلا عند اتصالها، وإنما يأخذها المشترى لانفصالها عن العقار، ولايأخذها مجانا، بل تحسب عليه بحصة من الثمن تتناسب مع قيمتها وقت أخذها، ولايلزم الشفيع إلابدفع الباقى، وطريقة الوصول إلى معرفته أن تقوم الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها[2] وتنسب إلى قيمة المبيع كاملا عند عقد البيع ثم ينقص من الثمن بقدر هذه النسبة، فإذا كانت قيمة الأنقاض أو الأخشاب عند أخذها مائة جنيه، وقيمة البيع عند العقد ٢٠٠٠ جنيه كانت النسبة ٥ فى المائة فلا يدفع الشفيع منه عند أخذه العقار المشفوع إلا ٩٥ فى المائة من ثمنه، ومثل ذلك فى الحكم ماإذا ابتاع المشترى من العقار المشفوع أتربة قبل أخذه بالشفعة، فإنه ينقص من الثمن بنسبة قيمة ماباع عند بيعه إلى قيمة المبيع عند العقد عليه أيضا على ما بيناه[3].

---

(١) وذهب الحنابلة إلى أن المشفوع فيه إذا تلف بعضه فانهدم بناء الدار التى بيع شقص منها سواء اكان ذلك بفعل مطر أو زلزال أو بفعل آدمى فإن للشفيع ان يأخذ الباقى بحصته من الثمن. وإذا كان النقص بالتعيب فقط مع بقاء المشفوع فيه كانشقاق الجادر او تشعث الشجر فليس للشفيع إلا ان يأخذ بكل الثمن او يترك (التشعث : التغير).

(٢) إنما قومت وقت أخذها لأنه وقت حبسها عند الشفيع كما فى رد المختار ج ٥ ص ١٦٤.

(٣) إذا كان أخذ الأتربة ضارا بالأرض كان ذلك إتلافا لما دخل تبعا. وكان الحكم كالحكم عند التعدى على التابع، وأما إذا لم يكن ضارا بها كان حكمها حكم الشجر الساقط بلا اعتداء اخذه المشترى فباعه، فيكون التقويم وقت حبسه عن الشفيع وذلك عند بيعه لا عند بيع الأرض، هذا ما ظهر لى.

وإن كان النقص بتعد كـأن اعتدى على البناء متعد فهـدمه، أو على الشجر فقلعه، سـواء أكان المشترى أم غيره، فإن الشـفيع يأخذ العقار بحصـته من الثمن وهى ما يبـقى بعد نقص ما يخص البناء أو الشجـر، وطريقة الوصول إلى مـعرفة ذلك : أن يقوم العقار المبيع عند العقد وعليه البناء أو الشجر، ثم يقوم كذلك عند العقـد وقد خلا من البناء أو الشـجر، ثم ننسب القيـمة الثانيـة إلى الثمن القيـمة الأولى، فتكون هذه النسبة هى نسبة حصـة الأرض فى الثمن إلى الثمن جميعه، فـإذا كانت الأرض قـد بيعـت بما عليهـا من البناء بألف ومـائتى جنيـه وتسلمهـا المشترى، ثم اعـتدى شخص على البناء بالهـدم، ثم طلب الشفيع الشفـعة، فإننا نقوم الأرض بما عليها من البناء عند العـقد ولتكن قيمتها خمـسمائة جنيه، وألفا، ثم نقومهـا كذلك وبناؤها مهدوم ولـتكن قيمتهـا خمسمـائة جنيه، ثم ننسب هذه القيمة إلى القـيمة الأولى. فإذا النسبة بينهمـا الثلث، فنعلم أن حصة الأرض من الثـمن الثلث وهو ما يجب على الشـفيع أداؤه إذا أخـذ الأرض ومقـدار ذلك من الثمن أربعمـائة جنيه ويكون للمشـترى فى هذه الحال جميع النقـض، لعدم ثبوت الشفعة فـيه، لانفصاله عن العقار، وبهذا تبين أن هذه الحـال تفارق حال الانهدام بغير اعتداء، ففى هذه الحـال روعى دائما وقت العقد فى التقويم، لأنه وقت تملك المشتـرى وثبوت حق الشفـيع، كما روعى فـيه قيام الـبناء على الأرض ولم يقوم أنقاضا، لصيـرورته حينئذ أصلا مقصودا بسـبب الاعتداء عليه، وفى تلك لم يراع وقت العقد فى تقـويم النقض ولم يقوم بناء قائما، لأن البناء بـالنسبة للأرض تبع عند الحنفية، فلا يقابله جزء من الثـمن إلا عند الاعتداء عليه، ولانهدامه فى هذه الحال بغـير اعتـداء لم يقابله شىء من الثـمن، وكان الثمـن كله للأرض وحدها. ولكن حين يأخذ المشترى النقض بحبسه بذلك عن الشـفيع، فيكون حينئذ مقصودا بالمنع، فيضـمن حصته من الثمن على الوجه الذى بيناه سـابقا، ولا يقوم إلا حين الحبس أى منفـصلا عن الأرض[١]. هذا ومما هو جـدير بالملاحظة أن المشتـرى إذا كان هو المعتدى فقد استوجب اعتـداؤه نقص حصته من الثمن هى حصة ما أتلفه، وإن كان المعتدى أجنبيا فإنه يضمن للمشترى قيمة ما أتلفه وقت إتلافه، وقد تكون تلك القـيمـة مسـاوية لما نقص من الثمن أو أقل أو أزيد، تـبعا لاخـتلاف القـيم

---

(١) راجع المبسوط ج ١٤ ص ١١١.

باختلاف الأوقات والغـرم حال انخفاضها بالغنم حال ارتفـاعها، وإن كان النقص فى هذا العقار المشـفوع فيه، أو فـيما نص عليه فى العقـد من تابع له كالزرع فى الأرض والثمر على الشجـر وآلات الحراثة وماشيتها ونحو ذلك فـإن الشفيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثمن بالطريقة التى بيناها من قبل، سواء أكان ذلك النقص نتيجة اعتداء أم كان من غيـر اعتداء، فإذا بيعت أرض بما عليها من الزرع «قمح أو شعير أو خـضر» أو بما على شجرها من الثمر، أو بآلات حـراثتها - وكانت على حافـة نهـر - فأصـاب الزرع عند المشتـرى آفة أهلكتـه، أو أصابت ثمـر الشـجر فـأسقطتـه، أو سرقت آلات الحـراثة، أو جرف مـاء النهر جـزءا من الأرض، أو اعتـدى على الزرع معتـد فقلعه من الأرض أو أحـرق الآلات، فإن الشفـيع يأخذ باقى المبيع بحصته من الثـمن، وذلك بأن يقوم الزرع أو الثمر أو آلات الحراثة، أو ما جرف من الأرض ثم تنسب القـيمة إلى قيمة المبـيع كله وقت العقد، ثم ينقص من الثمن بقدر تلك النسـبة على ما بيناه من قبل، فيأخذ الـشفيع ما بقى، وتكون الأنقاض للمـشترى لأن الشفيع إنمـا يأخذها تبعا للعـقار، وقد زالت تلك التبـعية بانفـصالهـا عنه ويكون تقـويم البيع بحـسب حـاله وقت العقـد، وكذلك تقـويم التالف[1] سواء كان تلفـه تبعد أو من غير تعـد، لأن الشفيع يأخذ المبـيع بما قام به على المشترى وقت العقد، فلا عبرة بما يحدث من التغيير بتعد من ارتفاع فى القيم أو نقص فيهـا فإذا ما حصل ارتفاع، فذلك من حظ المشـترى ما دام لـم يدخل فى ملك الشفيع[2].

ويرى الحنابلة أن المشترى إذا غرس فى المبيع أو بنى بعد قـسمته مع الشركاء له تسقط الشفـعة بذلك، وللشفيع أن يأخذ إذا علم ويدفع قيـمة الغراس أو البناء

---

(١) وبهذه الطريقـة عينها يتوصل إلى مـعرفة ثمن العقـار المشفوع فيه إذا بيـع مع منقول صفقة واحـدة بثمن واحد، كأن تباع دار وسيارة، بأربعة آلاف جنيه، فإن شفيع الدار له الحق فى أخذها دون السيارة وعندئذ يقدر الثمن كما بينا.

(٢) هذا قول أبى يوسف، وعند محمد إذا كان التالف شجرا أو ثمرا أو زرعا تقوم الأرض عند العقد مزروعة أو غير مزروعة، وكـذلك الأشجار مثمرة وغير مثـمرة، فربما لا يكون لذلك وقت العقد قيمة تذكـر فيتضرر الشفيع بتقويمه عند العقد، ولذلك يدفع هذا الضرر بأن يقسم الثـمن على قيمة الأرض مزروعة وغير مزروعة - فما يخص قيمتها غير مزروعة فهو حصة الأرض، يأخذها الشفيع بذلك ولا شك أن هذا أعدل، فقد يكون الثمر أو الزرع عند العقد عديم القيمة، فيلزم الشفـيع بكل الثمن، بينما المشترى قد انتفع مع ذلك بما يستحقه الشفيع بمقتضى العقد. راجع المبسوط ج ١٤ ص ١٣٤ وما بعدها.

لربهما حين تقويمه، وطريقة ذلك أن تقوم الأرض مغـروسة أو مبنية ثم تقوم خالية فسيكون ما بينهمـا قيمة الغراس أو البناء فيملكه الشفـيع بما بين القيمتين، أو تقوم ويضمن نقصه من القـيمة وهو ما بين قيمـة الأرض مغروسة أو مبنية وبين قيـمتها خالية، فإن اختـار الشفيع أخذه وأراد المشتـرى قلعه فله ذلك لأنه ملكه ولو أضر ذلك بالأرض ولا يضمن نقص الأرض حـينئذ ولايلزمه تسوية حـفرها إذ لم يكن معتديا فيما بنى أو غرس[1].

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨٩.

ما تسقط به الشفعة

يسقط حق الشفعة بسبب من الأسباب الآتية :

الأول : الرغبة عنها صراحة، ويندرج تحت ذلك ما يأتى :

(أ) الإسقاط الصريح : كأن يقول الشفيع : أسقطت حقى فى الشفعة أو تنازلت عن شفعتى، أو رغبت عنها، أو نحو ذلك، ولا يكون ذلك مسقطا لحق الشفعة إلا إذا صدر بعد ثبوته، إذ لا يقبل الإسقاط إلا الحق الثابت[1]. أما غير الموجود فلا يقبل الإسقاط.

وبناء على ذلك لو عرض الجار على جاره أن يشترى داره لأنه يريد بيعها، أو عرض الشريك على شريكه أن يشترى حصته فأبى، لم يسقط بذلك حقه فى الأخذ بالشفعة عند تمام البيع لغيره، وكذلك إذا قال الجار لجاره أو الشريك لشريكه قبل البيع : لا رغبة لى فى الأخذ بالشفعة، أو قال لن أطالب بالشفعة إذا تم البيع أو نحو ذلك، لم يلتزم بما قال، وكان له حق الأخذ بالشفعة عند تمام البيع. وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء وخالف أهل الظاهر. وبعض السلف قالوا : إذا عرض على الشفيع المبيع قبل البيع فرغب عنه لم يكن له بعد ذلك حق طلبه بالشفعة إذا بيع لغيره، وكذلك إذا أعلن أنه لا يرغب فى أخذه بالشفعة، لأن طلبه بعد ذلك يعتبر تغريرا، ولا يقر على ذلك التغرير. وكذلك لا يقبل الإسقاط من الشفيع بعد أن يتملك المشفوع بالرضا أو بالقضاء لأن إسقاطه فى هذا الحال يعد إسقاطا لحقه فى المشفوع. وليس ذلك الحق إلاملكا والملك لايقبل الإسقاط وإنما يقبل الانتقال بسبب من أسباب نقل الملكية أو الفسخ برد البيع بسبب فاسخ للعقد وسقوط الشفعة بالإسقاط الصريح محل اتفاق بين جميع المذاهب إذا كان ذلك بعد حدوث البيع. أما إذا كان قبل حدوث البيع فلاتسقط الشفعة عند الحنابلة وغيرهم[2].

---

(١) إذا سلم الشفيع الشفعة للمشترى وهو لا يعلم بالشراء فهو تسليم، وإن صدقه المشترى أنه لا يعلم، لأنه صرح بإسقاط حقه بعد الوجوب، وعلمه به ليس يشرط لإسقاطه باللفظ الموضوع له، كالإبراء عن الدين، مبسوط ج ١٤ ص ١١٣ ومحل ذلك إذا لم يخدع ويسلم على اعتبار ان لا حق له، أما إذا سلم على هذا الاعتبار ثم ظهر ان له حقا كان له حق الشفعة. مبسوط ج ١٤ ص ١٥٨.

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨٢.

ويرى الحنابلة أن إقدام الولى على إسقاط شفعة موليه لا يصح ولو كان أبا حتى كان له بعد ذلك الأخذ بالشفعة بعد زوال ضعف أهليته، وقيل ليس له ذلك إلا إذا كان له حظ فيها وعليه الأكثر.

وقد نص فى المادة ٩٤٨ فقرة ١ مدنى مصرى على أن حق الشفعة يسقط إذا نزل عنه الشفيع ولو قبل حدوث البيع، ولا شك أن ذلك يترتب على نزوله عنه صراحة أو دلالة.

(ب) المعاوضة على حق الشفعة، فإذا أسقطه الشفيع نظير عوض مالى سقط حقه ولم يجب له العوض، ومثل ذلك ما إذا باعه، وتوجيه ذلك يكون ببيان نقطتين :

الأولى : بيان السبب فى سقوطه، مع أن الشفيع فى واقع الأمر ومعناه : إنما علق سقوطه على مال يجب له عوضا عنه، وهذا المال لم يجب ولم يوجد، والمعلق على غير موجود يعتبر كذلك غير موجود إلى أن يوجد بوجوده.

الثانية : بيان السبب فى عدم وجوب المال للشفيع بتلك المعاوضة مع ظهور منفعة المتعاقدين فيها.

فأما عن النقطة الأولى فقالوا : إن هذا التعليق فاسد لأنه يقتضى استحقاق مال بالباطل، فإن الشفعة حق مجرد يتبع الرغبة والمشيئة؛ ولا أثر له فى المبيع وما كان كذلك لايعد مالا ولا يستحق به المال، ويكون استحقاق المال به وجعله سببا لذلك مخالفا للمشروع، فيلغو ذلك التعليق لهذا السبب، وإذا لغا ذلك التعليق وبطل بقى الإسقاط وكأنه إسقاط مطلق لا تعليق فيه، فيفيد أثره من سقوط الحق، دون أن يجب به المال. وأما عن النقطة الثانية، فقد تبين لنا فى بيان النقطة الأولى أنها معاوضة مخالفة للمشروع فتكون باطلة والباطل لا يفيد التزاما[1] وخالف فى ذلك كثير من المالكية، فأجازوا إسقاط حق الشفعة نظير بدل[2] وأوجبوا البدل بذلك للشفيع على من التزمه. ولا شك أن هذا بين[3].

---

(١) وإلى هذا ذهب الشافعية غير أن منهم من قال : إن شفعته لا تسقط بهذه المبادلة إلا إذا علم أنها مبادلة باطلة، فإن كان يظن ان المبادلة صحيحة لم تسقط. روض ج ٢ ص ٣٧٩.

(٢) روى عن مالك : إذا سلم الشفيع الشفعة بعد الشراء على مال اخذه جاز. وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال، وكان على شفعته.

(٣) فى المدونة : من وجبت له الشفعة فجاءه اجنبى فقال له : خذ بشفعتك ولك مائة دينار أو واربحك فيها، فلا يجوز ويرد ذلك إن وقع، ولايجوز له أن ياخذ بشفعته لغيره ا هـ وبناء على ذلك إذا اخذ الشفيع بالشفعة ليملك غيره بعد ذلك لم يجز، وبطلت شفعته منح ج ٣ ص ٥٩٠.

وأما قول الحنفيــة إن حق الشفعة لا يجوز الاعتيــاض عنه فمحل نظر، على أننا إذا سلمنا ذلك لهم لم نجـد مبررا للقول بســقوط الحق مع تعليقـه على أمر لم يتحقق.

(ج) التنازل عن الشفعة لبعض الشفعاء : فإذا تنازل شفيع لأحد الشفعاء عن حقه فى الشفـعة بعد ثبوته له وكان ذلك قبل تملكه المشـفوع فإنه يسقط لمافى ذلك من الرغبة عنه ثم تكون حصته بين سائر الشفعاء بالسوية، لا يختص بها من صدر التنازل له، لأن المتنازل لم يملك بالشـفعـة شيئـا يصح أن يملكه لغيـره وهذا محل اتفاق، وكذلك يسقط حقه فى الشفعة إذا وهب نصـيبه من الشفعة لبعض الشركاء أو لغيرهم لأن ذلك يعد إعراضا عنها.

(د) رضا الشفيع بـالمشترى. فإذا علم به فرضيه جـارا أو شريكا، بأن كان منه ما يدل على ذلك سقط حقه فى الشـفعة، لأن هذا الحق لم يشرع إلا لدفع ما يتوقع من ضرر الدخيل ولا يتوقع منه ضـرر للشفيع بعد أن رضى عنه وهذا محل اتفاق.

ويرى الحنابلة أن إقدام الشفـيع على مساومة المشتـرى فى البيع أو طلبه منه الصلح أو الهبة أو الإجارة ونحو ذلك مـسقط لشفعته[1] لأن ذلك يعد إقـرارا منه لبقاء ملكه ولا يـسقط حقه بقبـوله الوكالة عنه فى الشراء لأن ذلك يعد سـعيا منه لثبوت حق الشفعة له والمطالبة به، وإذا باع وصى الأيتـام لأحدهم نصيبا من عقار مشترك بينهم كان له الأخذ بالشفـعة لغير من باع له وليس للوصى إذا كان شريكا معهم أن يأخـذ لنفسه فى هذه الحال لأنه متـهم فى بيعه عن موليـه حينئذ، وهذا بخلاف الأب إذ يكون له الأخذ لعدم اتهامـه، ولو باع الوصى نصيبه لأجنبى كان له الأخذ بالشفعة لموليه الشريك[2].

الثانى : الرغبة عنها دلالة ويندرج تحت ذلك ما يأتى :

(أ) تأخير طلب المواثبة عن وقته بلا عذر، كأن يعلم بالعقد وبالمبيع وبالثمن وبالمشترى، ثم لا يبـادر إلى الإعلان عن تمسكه بحقه فى الأخذ بالشفـعة بلا عذر

(١) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨١.
(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٨٣.

حتى ينتهى المجلس، فإذا علم فقال : على أن أتروى فى الأمر ونحو ذلك ولم يطلب، سقط حقه فى الشفعة. وقد تقدم عند الكلام على طلب المواثبة ما ذهب إليه المالكية من أن تأخير الطلب مسقط للشفعة إذا أخره لما بعد المدة التى اختلفوا فى تقديرها على ما بيناه سابقا. وفى نهاية المحتاج للشافعية أن الأظهر أن طلب الشفعة يكون على الفور، وإن تأخر الملك، فإذا علم الشفيع بالبيع فليبادر فور علمه من غير فاصل معتاد إلى طلبها. والمرجع فى ذلك إلى العرف فما عده العرف توانيا وتقصيرا كان مسقطا للشفعة ومالا فلا . فإن لم يعلم كان على شفعته وإن مضت سنون[1].

وذهب الحنابلة إلى أن طلب الشفعة يكون على الفور ساعة العلم بالبيع وذلك بأن يشهد الشفيع على المطالبة بها حين يعلم ما لم يكن له عذر يمنعه من الطلب ثم إذا أشهد على الطلب كان له مخاصمة المشترى أمام القضاء ولو بعد أيام أو أشهر أو سنين. ولا يشترط فى المطالبة أن تكون بحضرة المُشترى ولكن إذا كان المشترى غائبا عن المجلس حاضرا فى البلد فالأولى أن يشهد على الطلب خشية الجحود وخروجا من الخلاف وإن أخره بلا عذر سقطت شفعته[2].

(ب) تأخير طلب التقرير عن وقته من غير عذر أو عدم القيام به فى مكانه، كما قدمنا وكذلك ترك الإشهاد عليه عند من يشترطه فى طلب التقرير، أما عند من يرى أنه حسن فلا يكون تركه مسقطا للشفعة. وهذا عند الحنفية أما عند غيرهم فقد تبين - فيما سبق - أنهم لا يرون تكرار الطلب قبل القضاء فى التملك بالشفعة.

(ج) تأخير طلب الخصومة أمام القاضى مع التمكن منه عند غير أبى حنيفة، وقد فصلنا ذلك.

(د) مساومة الشفيع للمشترى فى المبيع بعد علمه بشرائه، ولو كان ذلك بعد مطالبته بالشفعة، كأن يطلب منه استئجاره أو شراءه بثمن أقل، أو إشراكه معه فيه، لأن هذا يعد رضا منه بشركته أو بجواره، فإن للإجارة مدة تنتهى بانتهائها،

---

(١) نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢١٣

(٢) كشاف القناع ج ٢ ص ٣٧٩

فيعودان خليطين أو جارين. وطلب الشراء بثمن أقل يتضمن عدم الرغبة فى المبيع بالثمن المتفق عليه ويتضمن الرضا بالشركة أو المجاورة مع هذا، وطلب الاشتراك صريح فى الرضا بالشركة، ومن يرغب فى شركته يرغب فى جواره.

أما إذا لم يعلم بالشراء، ولكنه ساومه على زعم أنه قد تملكه بالهبة مثلا لم يسقط حقه إذ لا علم له بثبوت حق له حتى يعد ذلك دليل إعراضه عنه. وهذا محل اتفاق بين المذاهب.

(هـ) قيام الشفيع ببيع المشفوع فيه بالوكالة عن مالكه، فإذاوكل الشريك شريكه فى بيع حصته أو الجار جاره فى بيع داره أو أرضه فباعها له لم يكن لهذا الوكيل حق أخذها بالشفعة بناء على هذا البيع، لأن قيامه بذلك يتضمن رغبة عن أخذه بالشفعة؛ ذلك لأن الوكيل فى البيع يعتبر مملكا، وبسبب مباشرته للعقد يكون ملتزما بتسليم المبيع إلى مشتريه وإتمام تلك الصفقة له، فإذا ما جاز أخذ المبيع فى هذه الحال بالشفعة كان ساعيا فى نقض ما تم من جهته، وكان ذا موقفين متناقضين متعارضين، أحدهما يلزمه بتسليم المبيع وذلك باعتباره بائعا، وثانيهما يجعل له حق استبقائه، وذلك باعتباره شفيعا فلا يقبل منه ذلك. وهذا بخلاف قيامه بشراء العقار المشفوع فيه بالوكالة عن المشترى. لأن قيامه بهذا العقد يعتبر سعيا منه فى تحقيق سبب شفعته، ولا يكون به ملتزما بأن يسلم المبيع إلى مشتريه لأن له أن يتخلى عن ذلك بسبب أنه بوكالته عنه لا يلتزم له بشىء فلا يكون فى موقفه تناقض، فيثبت له حق الشفعة.

وذهب الشافعى إلى أن الوكيل فى البيع أو فى الشراء إذا كان شفيعا كان له حق الأخذ بالشفعة فيما باعه لموكله أو اشتراه، وسبب ذلك : أن الحقوق لا ترجع إلى الوكيل عنده، بل إلى الموكل، فلا يتعارض موقفه بائعا مع موقفه شفيعا. راجع الروض ج ٢ ص ٣٦٧.

وذهب الحنابلة إلى أن رضا الشفيع بالبيع لا يسقط الشفعة سواء كان صريحا أو دلالة بخلاف رضاه بالمشترى؛ لأن البيع سبب لثبوت حقه فوجب أن يكون محلا لرضاه ما دام راغبا فى حقه وعلى ذلك لا تسقط شفعته إذا ضمن المشترى فى الثمن أو دعا له بعده أو قبل الوكالة فى البيع عن أحد العاقدين أو جعل له الخيار فاختار إمضاء البيع لم تسقط شفعته لأن المسقط لها أن يرضى بترك حقه بعد ثبوته.

(و) اشتراط البائع خيار الشرط للشفيع وقبوله ذلك، فإذا باع شريك حصته فى دار وجعل خيار الشرط لشريكه، إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه، فقبل ذلك، وأمضى البيع سقطت شفعته، لأن إمضاءه دليل رضاه بشركة المشترى، وإن فسخه لم يكن له حق الشفعة أيضا لأنه إنما يثبت بالبيع وقد ارتفع بالفسخ[١].

وهذا بخلاف ما إذا شرطه المشترى للشفيع، إذ للشفيع فى هذه الحال قبل إمضاء البيع أو فسخه حق الأخذ بالشفعة، لخروج المبيع من ملك بائعه، فإن فسخه فلا شفعة لزوال السبب فى ثبوتها[٢]، وإن أمضاه فلا شفعة له كذلك على ما يظهر لى، لأن إمضاءه مع عدم الحاجة إليه فى ثبوت الشفعة يعد دليلا على الرضا بالمشترى.

(ز) ضمان الشفيع المشترى فى الثمن للبائع، أو ضمانه للمشترى الدرك[٣].

فإذا ما ضمن الشفيع للبائع المشترى فى الثمن، أو ضمن للمشترى درك البيع، كان ذلك رضا بتمام البيع للمشترى، فيسقط حقه فى الشفعة.

الثالث : مطالبة الشفيع ببعض العقار المبيع عند علمه به على رأى محمد، خلافا لأبى يوسف وقد بينا هذا.

الرابع : أن يخرج الشفيع العقار المشفوع به من ملكه قبل تملكه المشفوع فيه، سواء أكان يعلم ببيعه أم لا. فإذا باع شخص حصته فى الدار المشتركة بعد أن باع شريكه حصته فيها سقط حقه، سواء أكان بيعه لحصته بعد أن طلب الأخذ بالشفعة أم قبل أن يعلم أن شريكه قد باع حصته، وذهب أحمد إلى أن حقه لا يسقط إلا إذا كان بيعه لحصته بعد العلم ببيع شريكه أما إذا باع قبل أن يعلم، وكان بيعه بعد بيع شريكه كان له حق الأخذ بالشفعة[٤]. لأن بيعه فى الحال الأولى يعد إعراضا عن حقه، وليس كذلك بيعه فى الحال الثانية فيكون له حق الطلب لثبوت حقه قبل أن يبيع، وعدم سقوطه بالبيع، لأن أحمد لا يشترط أن يبقى الشفيع مالكا لما يشفع به حتى يملك.

---

(١) اى ولم يتحقق قبل ذلك خروج المبيع من ملك بائعه، وهو الشرط لثبوت الشفعة.

(٢) اى ولأن إعراضه عن سببها وشغله برفعه إعراض عنها.

(٣) ضمان الدرك : أن يضمن الشفيع البائع فيما يدرك المشترى من استحقاق المبيع ونحوه.

(٤) ذهب الشافعى إلى أنه لو باع الشفيع حصته فى العقار المشترى أو بعضها بعد ثبوت السبب وهو العقد، وقبل التملك سقطت شفعته، لزوال شركته فى الحال الأولى، ولرضاه بسقوط شفعته فى بعض المبيع فى الحال الثانية، وهى لا تتجزأ بعد وجود السبب. روض ج ٢ ص ٣٧٨.

الخامس : عدم إحضار الثمن عند القضاء بالشفعة على ما روى عن محمد، ورواه الحسن عن أبى حنفية، وقد بينا هذا فيما تقدم.

السادس : موت الشفيع قبل تملكه العقار المشفوع فيه، فيسقط حقه فى الأخذ بالشفعة ولا ينتقل إلى ورثته، وقد بينا ذلك أيضا فيما مضى (راجع سقوطها بترك الوصى ص ١٥٩).

وقد علمت أن أرجح الآراء عند الحنابلة أن الشفيع يتملك العقار المشفوع فيه بطلبه دون حاجة إلى رضا من المشترى أو قضاء من القاضى، وعلى ذلك إذا توفى الشفيع بعد الطلب فقد توفى وهو مالك للمشفوع فيه، فيورث عنه، لأنه عين مالية مملوكة. أما إذا توفى قبل الطلب فلا يكون للوارث حينئذ حق الشفعة لسقوطه بالموت حينئذ وقد قضت محكمة النقض بأن خيار الشفعة ينتقل إلى الورثة باعتباره مالا يورث لا باعتباره حقا متصلا بشخص الشفيع وعليه فهى تثبت للوارث ولو كانت وفاة مورثه قبل إبداء رغبته فى الأخذ بها.

وقد نص في المادة ٩٤٨ فقرة ٢ وفقرة ٣ على أن حق الشفعة يسقط بانقضاء أربعة أشهر من يوم تسجيل عقد البيع وفى جميع الأحوال الأخرى التى نص عليها القانون، ومن ذلك زوال سبب الشفعة قبل الأخذ بها أى قبل صدور الحكم بثبوتها أو تسليم المشترى بها، كما لو تصرف الشفيع فى الحق الذى يستند إليه فى طلبه الشفعة تصرفا ناقلا للملكية قبل الأخذ أو زال عنه هذ الحق لأى سبب من الأسباب قبل الأخذ كما إذا طلب الجار الأخذ بالشفعة؛ لأن للأرض المبيعة حق ارتفاق على أرضه فنزل عنه المشترى قبل الحكم للشفيع بها ومن ذلك إخلال الشفيع بالمواعيد الواجب مراعاتها فى الأخذ بالشفعة أو بالإجراءات الواجب اتخاذها.

الوراثة

الوراثة سبب من أسبــاب تملك الأعيان، كما هى ســبب أيضا لتملك المنافع على ما سبق بيانه، فإذا توفى إنسان انتقل مــا كان يملكه من أعيان مالية عند وفاته إلى ورثته بــحكم الشارع رغب فى ذلك أم لم يرغب وأصــبحوا خلــفاءه فى هذه الأعيان، ومن ثم كانت الوراثة خلافة وذلك محل اتفاق بين الفقهاء، غير أن خلافة الوارث لاتتجاوز مايرثه عن مورثه من أموال. وهذه إحدى المسائل التى يثبت الملك فيها دون توقف على الرضا ممن يثبت له، فــقد جاء فى الأشباه والنظائر: لا يثبت الملك لإنسان بغير اختياره وذلك هو الأصل العام وقد خرج عن هذا الأصل الملك يثبت للوارث فيما يتركه مورثه، والموصى به يثبت فيه الملك للموصى له بمجرد وفاة الموصى مصرا على الوصية عند بعض الفقهاء ممن ذهب إلى أن الوصية تتم بإيجاب الموصى وموته مصــرا عليها دون توقف على قبولهــا من الموصى له شأنها فى ذلك شأن الميراث. وقد ذهب الحنفية إلى أن الوصية للحمل يثبت فيها الملك دون توقف على القبول وماوهب للعبد فقبله وقبضه يثبت الملك فيه لسيده من غير توقف على رضاه، وغلة الوقف يثبت الملك فــيها للموقوف عليه عند ظهورها أو عند قــبضها من الناظر على الوقف دون توقف على قبوله الموقوف عليه- وقد يقال أن القبول هنا حكمى والملك متوقف عليه بدليل أن الملك لايثبت له إذا ما رفض الوقف، ويثبت الملك للزوج فى نصف المهر إذا ما طلق قبل الدخول وقبل قبض الزوجة الصداق، أما بعد الدخول فلا يثبت له الملك فيه إلا بالقضاء أو الرضا، والمبيع المعيب إذا رده المشترى قــبل قبضه يثبت الملك فيــه للبائع دون توقف على قبوله، أما بعــد قبضه فلابد لعــود ملك البائع إليه من الرضــا أو القضاء وملــك المجنى عليه للأرش فى الجناية عليه، وفى الشفعة يدخل الثمــن فى ملك المشترى جبرا عنه وكذلك الحكم فى ثمن المبيع إذا هلك فى يد البائع قبل قبضــه وقد قبض الثمن البائع أو كان عينا ولم يقبضه، ونماء الملك يثبت لصاحــبه من غير توقف على الرضا، وعسل النحل الناتج من نحل استقر فى أرض مملوكــة يثبت لمالك الأرض، وكذلك بيض الحيوان الذى يدخل ملك شخص فيبقى فيه[1].

---

(١) الأشباه ص ٢٠٢، ص ٢٠٣ طبعة اسلامبول.

وتعد الوراثة نتيجة طبيعية للملكية الفردية واستمرارها، إذ لو كانت موقوتة بحياة المالك وتنتهى بانتهائها، ولا تنتقل بوفاته إلى أقرب الناس إليه وأحبهم لديه ومن يعدهم جزءا منه ويعد حياتهم استمرارا لحياته لما وجد عندهالحافز على الاحتفاظ بأمواله والعمل فى تنميتها والاستزادة منها، ولذا كان انتقال المال بالوراثة إلى الورثة أمرا تفرضه النظم الاقتصادية الاجتماعية، ويشير إلى هذا قوله ﷺ لمعاذ: «إنك إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» ولذا كانت أحكام الوراثة وقواعدها من النظام العام الذى لا يجوز الخروج عنه ولا الاتفاق على خلافه.

وقد فرض القرآن الكريم شريعة الوراثة وبين كثيرا من أحكامها التفصيلية فقال تعالى: ﴿ **للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون مما قل منه أو كثر نصيبا مفروضا** ﴾ وقال: ﴿ **يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين**﴾ الآيات من سورة النساء.

وجاءت السنة بيانا لكثير مما أجمله القرآن من ذلك قوله ﷺ: «من ترك حقا أو مالا فلورثته» ولسنا هنا بصدد بيان أحكام الوراثة وتفصيلها، وإنما الذى يعنينا هنا بيان أنها سبب من أسباب تملك الأعيان، وليس فى ذلك خلاف فقد اتفقت كلمة جميع المذاهب على أن مآل ما يتركه المتوفى إلى ورثته بعد أن يقضى منه كل حق تعلق به من تجهيزه وأداء ديونه ووصاياه، وهى أمور كلها من حاج المتوفى والمتوفى فيها أولى بماله من غيره فلا يعد مع ذلك أنه قد تركها لغيره. غير أن الفقهاء قد اختلفوا فى انتقال مال المتوفى إليهم متى يكون. أيكون فور وفاته فى جميع الأحوال أم يتأخر عنها بسبب يدعو إلى تأخره فى بعض الأحوال؟

وخلاصة أقوالهم فى ذلك أن المتوفى قد يكون مدينا عند وفاته فتتعلق ديونه بتركته وتعد التركة محملة بها، وقد لا يكون مدينا فلا تتعلق بتركته ديون، فإذا توفى عن دين فقد يحيط بكل تركته بأن يكون مساويا لها أو يزيد وقد لا يحيط بها فتزيد قيمتها عنه.

فإذا كانت التركة غير مدينة بأن توفى صاحبها ولا دين عليه انتقلت فور

وفاتــه إلى ورثته بحــسب أنصبــائهم لا خلاف فى ذلك، مع مـلاحظة خلوها من الوصايا، أما عند شغلها بها فما كان منهــا بنقود لم يمنع انتقال التركة عند الجمهور خلافا لفئة قليلة من الحنابلة، وما كان منهــا بجزء من أعيان التركة منع انتقاله إلى الورثة لثبــوت الملك فيــه للموصى له بقبــوله، أما إذا كانت مــدينة فقــد اختلفت آراؤهم وهاك بيانها .

مذهب الحنفية :

ذهب الحنفية إلى أن التــركة إذا كانت مدينة عند الوفاة بدين محــيط أو غير محيط لم ينتقل شيء منها إلى ورثة المتــوفى وحال الدين دون انتقالها إلى أن تسدد ديونها ويســتندون فى ذلك إلى قوله تعــالى فى آيات المواريث : ﴿ **من بعد وصية يوصى بهــا أو دين** ﴾ . إذ مقــتضاه أن لا نصيب لأى وارث إلا بعــد وفاء الدين، وذلك ظاهر فى أن الورثة لا يملكون إلا بــعد وفــاء الدين، وأن الدين يمنع انتقــال ملكية التــركة إلى الورثة، وهو مع ذلك لا يحول دون تعلقــه بها، وذلك هو رأى جمــهورهم ســواء أكان الدين لأجنبى عن الميت أم لوارث من ورثتــه، ومنهم من يرى أن الدين إذا كان لوارث لم يمنع انتقالها إلى الورثة إذا لم يكن ثمة وارث غيره كما فى الخانية . أما إذا كان معه وارث آخــر فإن دينه يمنعه من تملك حصته، خانية نقلا عن المحيط .

وذهب آخرون منهم إلى أنه إذا كان غير مــحيط لم يمنع تملك الوارث لجميع التركــة فتنتقل جمــيعهــا إلى الورثة . وذهب آخرون إلى أنه يمنع تملك الورثة فيــها بقدره فقط، فقد جاء فى الخانية : الدين وإن قل يمنع ملك الوارث بقدره كالكفن . وهذا القول هو أعــدل الأقوال، ولا تنافيــه الآية إذ يكون المعنى فيهــا : أن ما بين للورثة من أنصباء إنما يــنسب إلى التركة بعد الوصيــة والدين دون أن تتعرض الآية لبيان انتقالها كلها بالوراثة إلى الورثة أو انتقال بعضها .

مذهب المالكية :

قال الحطاب فى باب الجنائز أن لا ميراث إلا بعد الدين، وجاء فى الخرشى : الدين مقدم على الميراث فلا ملك للورثة إلا بعد أدائه، وظاهر هذا الإطلاق أنه لا فرق عندهم بين دين مستغرق ودين غير مستغرق .

مذهب الشافعية :

لا يمنع الدين انتقال التركة فور الوفاة إلى الورثة وتنتقل إليهم محملة بما عليها من الديون، وتكون رهنا جعليا شرعيا بها ويستندون فى ذلك إلى حديث : «من ترك حقا أو مالا فلورثته» إذ جاء مطلقا غير مقيد بأى قيد وبنوا على هذا عدم صحة تصرف الوارث فى التركة قبل سداد دينها كما لا يصح تصرف الراهن فى الرهن قبل الوفاء للدين.

مذهب الحنابلة :

وللحنابلة روايتان :

إحداهما : تقضى بأن الدين يمنع من انتقال التركة إلى الورثة لا فرق بين أن يكون دينا لله أو دينا للعباد، وبين دين مستغرق ودين غير مستغرق. وهذه رواية ابن منصور كما يدل على ذلك الإطلاق فى الآية : ﴿ **من بعد وصية يوصى بها أو دين** ﴾.

والرواية الثانية : أنها لا يمنع وتنتقل التركة إلى الورثة محملة بديونها كما هو رأى الشافعية .

وهناك قول ثالث عندهم : هو أن المستغرق يمنع انتقالها دون غير المستغرق فإنه لا يمنع كما هو رأى بعض الحنفية.

وأعدل هذه الآراء أن الدين يمنع انتقال ما يوفى به من التركة ولا يمنع ما فوق ذلك، وقد بينا أن الآية لا تتعارض مع ذلك والأمر كذلك بالنسبة إلى الحديث: «من ترك حقا أو مالا فلورثته» إذ يكون المعنى فيه أن الذى يصح أن يوصف بأن المتوفى قد تركه هو ما يتركه غير مشغول بحاجة. أما ما كان مشغولا بحاجة من وصية أو دين فلم يتركه لورثته وإنما سبيله سبيل وفاء حاجته، على أننا لا نغفل ما لرأى الشافعية من قوة بالنظر إلى هذا الحديث فهم يرون أن التركة كلها تنتقل محملة بحقوقها المتعلقة بها إلى الورثة .

تصرف الورثة فى التركة :

ويترتب على هذا الخلاف فى انتقال التركة إلى ورثة المتوفى حكم تصرفهم فيها قبل سداد الديون .

وخلاصـة رأى الحنفـية فى ذلك أن ليس للورثة تصـرف فى التركـة المدينة باعتبار أنهم مالكون لها. وهذا لا ينفى أن يكون لهم حق التـصرف فيها باعتبارهم خلفاء الميت فـيها فـيتصـرفون فى حدود ذلك لمصلحـة المتوفى كالبـيع لسداد دينه وتنفيذ وصيته لا لأنفسهم، ولذا اختلف الحنفية فيمن له ولاية بيع التركة المستغرقة لسداد الدين. فمنهم من جعلها للقـاضى لا للورثة، فعلى ذلك ما جاء فى التنوير والدر : من أن ولاية بيع التـركة المسـتغرقـة بالدين لأجل سداد الديون للـقاضى بحكم ولايته العامة لا للورثة، لعـدم ملكهم لها، وقد علق على ذلك ابن عابدين فى حاشيتـه على الدر : بأن ولاية بيعها لسداد الديون كـما تكون للقاضى بحكم ولايته تكون أيضا للورثة إذا طلب منهم الغرمـاء ذلك لرضاهم به، أما إذا باعوها بدون رضاهم فلا ينفذ بيـعهم. وقد نص الفقهاء على أن القـاضى إذا باعها لسداد الدين بحكم ولايتـه لايجـوز له أن يبيـعـها إلا بحـضـرة الورثة، لما لهم من حق إمساكهـا وقضاء الدين من أموالهم، نص على ذلك الشرنبلالى فى حـاشيته على الدر، والحموى فى حاشيته على الأشباه والنظائر. ومن الحنفية من جعل ولاية بيع التركـة المستغرقـة لأجل سداد الديون لكل من القاضى والورثة، القـاضى لولايته العامـة، والورثة لخلافـتهم عن الميت، فـيكونون فى ذلك كالوصى الأجنبى غـير الوارث فـإنه له بيع التـركة لذلك بطريـق الخلافـة، ومما يتـفرع على هذا مـا فى الذخيرة: قـالت الورثة فى التركة المستغرقـة لا نتعرض لها، ولانبيعـها ولا نقضى الدين من مالنا، قيل: يبيعهـا القاضى، أو الوصى عن الميت، وقيل يجبرون على البيع إذا طلب الغرماء ذلك، فإن امتنعـوا باعها القاضى وقضى الدين، وبمثل ذلك يمكن أن يعلل مـا قد يرى فى بعض الفروع من جـواز تصرف الوارث فى التـركة المستغرقة.

ذلك هو رأى من يقـول من الحنفـية بأن الـوارث لا يتملك التـركـة المدينة مطلقا. وعليـه إذا تصرف الورثة فى التركة المدينة بالبـيع مثلا فإن الدائنين يتـبعون أعيانهـا أين ذهبت لبطلان هذا التصرف، ولا يستطيع المشتـرى دفعهم وإنما يرجع على من باعه من الورثة بما أداه إليه من ثمن.

أما من يرى منهم غيـر هذا الرأى فى الدين الذى لم يحط بالتركة، ويذهب إلى أن الوارث يتملك معه جميع التـركة، أو يذهب إلى أنه لايتملك منها معه إلا

(١) راجع النهاية والروض من كتاب الشفعة.

مافضل عن مقـداره، فإن رأيهم هذا يقضى بجواز تصرف الوارث فـيها ما دام لم يضر بحق دائنها، ذلك لأنها إما مملوكة له وقد تعلق بهـا حق الدائن فتصير حينئذ شبيهة بالعين المرهونة من ناحية أنهـا مملوكة للوارث وحق الدائن متعلق بها كالعين المرهونة فإنها مملوكة للراهن وحق المرتهن متعلق بها، وأن ذلك لم يمنع الراهن من أن يتـصرف فـيها فـينفذ تصـرفه ما دام لم يمس حق المرتهـن، وأما مملوك بعضـها للوارث دون بعضها الآخـر فتشبه المال المشترك وتعطى لـذلك حكمه من ناحية أن لأحد الشريـكين أن يتصرف فى حصتـه بشرط ألا تمس حصة غـيره، وعلى ذلك تكون النتيجـة الإجمالية لهذين الرأيين أن تصرف الوارث صـحيح ما دام لم يمس حقوق الدائنين، فإذا مس حقوقـهم توقف لذلك، وبناء على ما ذكر إذا ما تصرف فيها الوارث فترك من أعيانها ما يقوم بسداد ديونها أو سدد ديونها فعلا من ثمن ما تصرف فيه، أو باعها للدائن نظيـر دينه، أو باعها لمن يقوم بسداد الدين من الثمن مع التزامـه بذلك ورضا الدائن به، أو قام الوارث فـعلا بسداد الدين من ماله، إذا حصل شىء من ذلم نفـذ تصرف الوارث دون حاجة إلى تجـديده، ويؤيد ذلك ما ننقله إليك من الأحكام الآتيـة المنقولة عن جامع الفـصوليين والأنقروية والفـتاوى الهندية والقنية :

١ - للوارث بيع حصته من التركة لسداد حصته من الدين لا بيع حصة غيره لأنها ملك غيره.

٢ - لو غاب الوصى فباع بعض الورثة بعض التركة لسداد دين الميت وتنفيذ وصاياه فسـد البيع إلا أن يكون بأمر قاض، وهذا فى التـركة المستغـرقة، وإلا نفذ تصرفه فى حصـته، إلا أن يكون المبيع بيتا معينا من دار أو مـا أشبه ذلك، أى فلا ينفذ تصرفه حينئذ لأنه باع مالا بملك مع ما يملك.

٣ - بيع الوارث للتركة غير المستغرقة ينفذ فى جميعها إذا انحصرت فيه وإلا فبقدر حصته .

٤ - بيع الوارث شيئا من التركـة لأداء الدين يجوز إذا لم يكن الدين محيطا بها.

٥ - لو أخـذ بعضهـم عينا من التـركة ليـقضى من مـاله دينا على الميت،

ورضى بذلك باقى الورثة لم يجز إلا برضاء الغرمـاء، إذا كان الدين محيطا، وإلا جاز ويكون هذا بيعا من بقية الورثة لأنصـبتهم فى العين نظير ماعليهم من الدين، لأنهم لو دفعـوها إلى أجنبى لأداء الدين صح، وكان ذلك منهم بيـعا فكذا هذا، ولو كان الدين مـحيطا لم يصح، أى لم يصح حـينئذ دفعـها لأجنبى لأداء الدين لأنهم لا يملكون.

٦ - لو باع الوارث دارا من التـركة بلا إذن باقيـهم وكفن الميت بغـير إذنهم جاز البيع فى حصته لو لم تكن التركة مستغرقة بالدين.

٧ - قال صاحب جـامع الفصولين بعد أن نقل بعض الأحكام المتقـدمة ما نصه : فـدل هذا وما قبله على أن بـيع الوارث شيئـا من التركة، يجـوز قبل أداء الدين إذا لم يستغرقها، أ هـ .

هذه الأحكام المتقدمة بينة الدلالة على جـواز تصرف الوارث فى التركة التى لم يحط بها الدين عند الحنفية، وقد يفـهم من الإطلاق فى بعضها أن ذلك الجواز غير مقـيد بقيد عدم المساس بحقوق الدائـن كالإطلاق الموجود فى الحكم الثالث، ولكن الذى يظهر لى أن هذا الحكم مقيد بعدم الإضرار بحقوق الدائنين ويدل على ذلك أمور :

الأول - ما جاء فى الحكم المنقول أولا من تقييد البيع الجائز بأن يكون لسداد الديون، ومعنى ذلك أن تكون نتيـجة هذا البيع سداد ما يخص الحصـة المبيعة من الدين، سواء أكان ذلك بدفع ثمنها فعلا فى الدين عن طريق المقاصة إذا كان البيع للدائن، أم عن طريق الأداء إليـه إذا كان البـيع لغيره، ولايمكن أن يـنصرف ذلك الشرط إلى اشتراط نية السداد عند البيع وإلا كـان الشرط فى جواز البيع نية باطنية لا يمكن علمـها ولا الاطلاع على حـقيقـتهـا، ومثل ذلك لا يصح أن تبنى عـليه معاملات الناس بعـضهم مع بعض واشتراط السداد فعـلا لجواز البيع يدل على أن هذا التصـرف لم يجز إلا لأنه كان فى مـصلحة الدائن؛ وقد جـاء هذا الشرط فى الحكم الثانى والرابع والخامس أيضا.

الثانى : ما جاء فى جامع الفصولين وغيره: (أ) للوارث أن يأكل من التركة لو فى غير المأكـول وفاء للدين ولا وارث سواه. (ب) باع الوارث الكبير شـيئا من التركة، ليس للوصى نقضه إن كان فى يده شىء غـير ذلك يستطاع أن يباع فيسدد من ثمنه الدين وتنفذ الوصايا.

فهذان الحكمان يدلان صراحة على تقييد التصرف - ولو كان بالأكل منها - بعدم الإضرار بحق الدائن. وإذن يحمل عليهما غيرهما من الأحكام المطلقة التى لم تشر إلى هذا القيد، لأنها فى موضوع واحد والجمع بينها بذلك أولى من الذهاب إلى أنها أحكام أنتجتها مذاهب فى الموضوع مختلفة.

الثالث : مقتضى القواعد الفقهية العامة التى توجب المحافظة على الحقوق اللازمة المستقرة كحق المرتهن وحق المستأجر وحق الدائن عند تصرف المريض وعند الحجر للدين. فإن هذا الأصل العام يوجب المحافظة على حق الدائن فى التركة إذا تصرف الوارث فيها، بل المحافظة فى هذه الحال أوجب منها عند تصرف المريض فى ماله، لأنه إذا منع المريض وهو مالك من أن يتصرف محافظة على حقوق دائنيه، فلأن يمنع وارثه من بعده أولى، وظنى أن ذلك لا ينبغى أن يكون موضع ريبة أو خلاف حتى تطرد القواعد وتتسق الأحكام.

ومقتضى ما تقدم أن الوارث إذا تصرف فى التركة التى لم يحط بها الدين فباع منها عينا أو وهب أو أجر أو رهن كان هذا التصرف صحيحا نافذا ما بقى فى التركة ما يفى بسداد ديونها. ورضى الغرماء بذلك إذا تصرف فى جميع أعيان التركة فأجار الدائن هذا التصرف، فقد نرى نفاذ هذا التصرف لإسقاطه حقه وهو تعلق الدين بها، وذلك لأن هذا التعلق ما كان إلا لأجله، وإذا كان له أن يسقط الدين فأولى أن يسقط ما يكون لوجود الدين من أثر وهو تعلقه بأعيان التركة، غير أنه يظهر لى أن هناك حقا آخر يمنع من نفاذه هو حق المتوفى فى وفاء دينه، ولوجود هذا الحق نصوا على أن الغريم له أن يرجع عن إجازته وهو لايجوز أن يرجع فيها إذا كانت غير معتبرة؛ لأنها لو كانت معتبرة كان التصرف حينئذ لازما لا يقبل البطلان بالرجوع عنها، ولكن إذا وفى حقهم من البدل نفذ التصرف لزوال المانع وهذا كله مع ملاحظة أن التصرف قد صدر من الورثة جميعا أو من الوارث المستقل بالتركة وإلا اقتصر هذا التصرف على حصة المتصرف دون حصة غيره كما هو بين من الأحكام المتقدمة.

رأى الشافعية: تبين لنا مما مضى أن الشافعية على رأس الفريق الذين يذهبون إلى أن الوارث يتملك التركة المدينة بمجرد وفاة مورثه، ولكنهم مع ذلك لايذهبون إلى جواز تصرف الوارث فيها حال قيام الدين، ذلك بأنهم يرون أن الوارث إنما

يتملكها فى هذه الحال مشغولة بحق الدائن، وأن هذا الحق متعلق بجميع أعيانها تعلق الدين بالعين المرهونة به كما تقدم، سواء أكان الدين محيطا بها أم غير محيط. ولذا لم يجز له أن يتصرف فيها مع تعلق هذا الحق بها، كما لم يجز للراهن أن يتصرف فى العين المرهونة مع قيام الدين، لا فرق فى ذلك بين أن تكون التركة مستغرقة بالدين أو غير مستغرقة، لأن تعلق الدين بجميع أعيانها ثابت فى الحالين، وعلى ذلك إذا باع الوارث منها عينا أو وهبها أو أجرها أو رهنها أو صالح عليها، كان ذلك منه تصرفا باطلا لايصح، ولو سدد بعده الدين أو برئت ذمة المتوفى، لأن التصرفات عندهم إما صحيحة وإما باطلة، وإذا وقعت باطلة لم تصح بعد ذلك.

ومن هذا علمنا أن تصرف الوارث فى التركة المدينة إنما بطل مراعاة لحق الدائنين لتعلق حقهم بمالية التركة عند حصول التصرف، وكان مقتضى هذا أنه إذا تصرف الوارث بإذن الدائنين صح تصرفه ونفذ كما ينفذ تصرف الراهن فى العين المرهونة إذا كان بإذن من المرتهن ولو ترتب عليه نقل ملكيتها إلى شخص ثالث، وذلك لتنازل صاحب الحق عن حقه، ولكن الشبراملسى من علماء الشافعية ذكر فى حاشيته على النهاية أن تصرف الوارث فى التركة المدينة غير صحيح، ولو كان بإذن من رب الدين، وهذه تفرقة لا تتفق مع قولهم بأن تعلق الدين بالتركة كتعلقه بالعين المرهونة به، ولعل سبب هذه التفرقة أن المرتهن إذا أذن الراهن بالتصرف فى العين المرهونة كان ذلك منه تنازلا عن الرهن وإبطالا له، فتخلص العين من حقه، ويصير الدين بلا رهن، وأن الدائن إذا أذن الوارث بأن يتصرف فى التركة المدينة لم تبرأ بإذنه ذمة المتوفى، ولاتزال نفسه معلقة بدينه حتى يقضى عنه، فإذا تضمن إذنه نزولا عن حقه بقى حق المتوفى فى سداد دينه فلا يصح تصرفه بناء على ذلك، وقد استثنوا من ذلك تصرف الوارث فى التركة لسداد الديون فجعلوه صحيحا إذا كان بإذن من جميع الدائنين، أوبإذن من القاضى، ولم يكن الثمن أقل من القيمة، لأن ذلك يعد من باب المسارعة إلى قضاء دين الميت وتخليص نفسه بإيفاء ديونه لأربابها، فتوافرت بذلك مصلحة الميت ومصلحة الدائن وما بطل تصرفه إلا لأجل ذلك.

هذا ومن الشافعية من يرى عدم تعلق الدين بجميع أعيان التركة إذا كان أقل من قيمتها كما قدمنا، وأنه لا يتعلق حينئذ إلا بقدره منها، لأن الحجر فى المال

الكثير لأجل التافه الحقير غير مقبول، ومقتضى هذا الرأى أن تصرف الوارث فى هذه الحال يكون نافذا ما دام فى التركة من الأعيان ما يقوم بسداد الدين، وهذا الرأى مع وجاهته وموافقته لأرجح آراء الحنفية خلاف الظاهر عندهم، والأصح عندهم أن الدين وإن قل يمنع الوارث أن يتصرف فى التركة قبل سداده ، راجع النهاية وحواشيها.

وبناء على ما تقدم إذا تصرف الوارث فى التركة الخالية من الدين صح تصرفه ونفذ ما دام لم يتعد حصته منها، فإذا ما طرأ بعد ذلك دين كأن يكون المتوفى قد حفر قبل وفاته حفرة فى غير ملكه فتردى فيها حيوان بعد وفاته فتلف فلزمه بذلك ضمانه، أو كأن يرد بسبب العيب مبيع باعه المتوفى قبل وفاته على وارثه بعد تصرفه فى التركة، لم يبطل بذلك تصرفه، إذا كان الوارث المتصرف موسرا، وألزم الوارث فى هذه الحال بأداء ما لزم الميت من ضمان، أو برد ما أخذ من ثمن، فإن لم يقض ذلك من ماله بسبب من الأسباب فسخ تصرفه واتبع صاحب الحق أعيان التركة حيث وجدت حتى يستوفى حقه، ثم يرجع من أخذت منه العين، على من باعه إياها بما دفع فيها من ثمن.

ولا شك أن فى هذا الحكم إجحافا بحق من تلقى الملك عن الوارث، لأنه إنما اشترى منه عينا لايتعلق بها حق وقت الشراء، فيجب أن تسلم لمشتريها، فإذا طرأ بعد ذلك حق لآخر، وجب أن يتعلق هذا الحق ببدل تلك العين إن كان لها بدل، أو بذمة الوارث المتصرف إن لم يكن لها بدل، وألزم حينئذ بالضمان فى ماله إن كان له مال كما هو المذهب، بشرط ألا يتجاوز ذلك الضمان قيمة العين المتصرف فيها وقت التصرف، فإن لم يكن له مال فنظرة إلى ميسرة، ولا سبيل إلي من تصرف معه، وإلا ضاعت الثقة بالورثة وأحجم الناس عن معاملتهم فيما يرثونه لأمور وهمية يجب ألا يقام لها وزن فى التشريع.

والنتيجة النهائية أن الشافعية يرون أن تصرف الورثة فى التركة المدينة بأى دين قبل سداده تصرف باطل، فإذا صدر تبع الدائنون أعيان التركة حيث كانت وكان للمشترى مثلا الرجوع بما أدى على من باعه من الورثة.

رأى المالكية : وأما المالكية فقد علمت أنهم من الفريق الأول الذين يذهبون إلى أن الوارث لا يتملك التركة المدينة إلا بعد وفاء ما عليها من الديون، ومع ذلك

فمذهبهم فى الحكم على تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل سداد الدين يختلف بعض الاختلاف عما ذهب إليه الحنفية فيه، وذلك لاختلافهم فى الأسس التى بنوا عليها آراءهم. فمن المتفق عليه بينهم أن ما يتركه المدين من مال بعد وفاته تتعلق به حقوق دائنيه، وأن حق الدائن فيه مقدم على حق الورثة لقوله تعالى: **﴿من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾** وأن هذا التقدم يقتضى ألاينفذ للوارث فى التركة المدينة تصرف إذا ما حصل قبل أداء الدين، وأن ذلك قد يتخذ أمارة على عدم ثبوت ملكه لها فى هذه الحال، ولكن مع ذلك اختلف نظرهم فذهب الحنفية إلى ما سبق بيانه، وذهب بعض المالكية إلى اعتبار هذا حقا لله تعالى بمقتضى الآية المتقدمة الذكر، وبنى على ذلك أنه لايصح للوارث أن يتصرف فى التركة المدينة قبل أداء الدين، وسواء أكان الدين مستغرقا أم غير مستغرق. وسواء أكان فى باقى التركة بعد تصرفه وفاء بالدين أم لا. ويدل على ذلك ما فى البهجة نقلا عن الوثائق المحمودية: إذا أوصى بقطيع من ماله وكان عليه دين لم يجز لأحد من الورثة قبل أداء الدين أو تنفيذ الوصية بيع شىء من التركة لامشاعا ولا مقسوما، وإن باع شيئا وإن قل فسخ البيع، لقوله تعالى: **﴿ من بعد وصية يوصى بها أو دين﴾**. أ هـ. قال صاحب البهجة : وظاهر هذا النص أن بيع الوارث لشىء من التركة قبل أداء الدين يفسخ، وإن التزم الورثة الدين أو كان فى باقى التركة وفاء به، وهذه رواية أشهب عن مالك، وقال فى موضع آخر : ولا يجوز الصلح فى التركة قبل وفاء الدين أ هـ. ومن الواضح أن تصرفاته كلها فى ذلك سواء، وهذا يتفق فى النتيجة مع رأى الشافعية المتقدم وهو فساد تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل سداد الدين، وعدم صحته بعد ذلك، ولو قام الوارث بسداده أو تنازل عنه ربه.

وذهب آخرون منهم إلى اعتبار ذلك حقا للدائن لاحقا لله تعالى،قال صاحب البهجة : هل النهى عن البيع قبل أداء الدين لحق الله تعالى أو لحق المخلوق؟ ذكر ابن عرفه : أنهما قولان، ثم نقل عن ابن محرز وعن الشاملى ترجيح أحدهما وهو أنها حق للمخلوق وأن ذلك أشبه بظاهر الكتاب.

وبناء على هذا القول يكون تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين صحيحا إذا لم يمس حق الدائن ولم يتضرر به كأن يأذن به قبل مباشرته، أويتنازل عن دينه، أويبقى من التركة بعد التصرف مايسدد منه الدين. لافرق فى ذلك بين

أن يكون الدين محيطا أو غير محيط. قال فى البهجة نقلا عن الشامل: ويمنع الوارث من بيع شىء من التركة قبل وفاء الدين، فإن فعل ذلك، وكان فى باقى التركة وفاء بديونهم، أو قام الورثة بدفع هذه الديون من أموالهم أوتنازل الدائنون عن ديونهم، نفذ البيع ولزم، وإن لم يقدر الدائنون على أخذ ديونهم من المبيع فلذلك حالتان: **الأولى** ـ أن يكون الورثة عالمين بالدين وقت تصرفهم، أو أن يكون الميت مشهورا بأنه مدين، وعند ذلك يفسخ البيع إلا إذا دفع المشترى قيمة المبيع يوم قبضه، فإذا دفعها لزم البيع ورجع على بائعه من الورثة بماغرم من قيمته. **الثانية** ـ أن يكون الورثة غير عالمين بالدين ولم يكن الميت مشهورا بأنه مدين، وعند ذلك يسلم المبيع لمشتريه، ويرجع الغرماء على الورثة بقدر الثمن، سواء أكان فيه وفاء بالدين أم لا، ولا رجوع لهم على المشترى بشىء، وإن أصاب الورثة عدما، إلا إذا حاباه الورثة فى البيع، فإن حوبى فيه رجع الغرماء عليه بقدر المحاباة فقط، وعلى البائعين من الورثة بالثمن كما ذكرنا، وهذا الحكم هو رواية ابن القاسم وهو أظهر الروايتين، وفى المدونة: إذا توفى شخص وفى ماله وفاء لماعليه من دين، فباع الورثة من ماله ما سددوا به دينه، ثم اقتسموا الباقى من تركته فاستهلكوه فى شئونهم، فجاء بعد ذلك غريم آخر أقام البينة على دينه، وكان ذلك بعد أن أصاب الورثة عدما، فليس للغريم أن يتبع الغرماء الذين استوفوا ديونهم من الورثة، ولكن يتبع الورثة إذا كان الذى بقى من التركة يكفى لسداد دينه، فإن كان دينه أكثر رجع على الغرماء بمايصير له عندهم لو أنه كان حاضرا فحاصهم. فإذا توفى رجل عن ٢٥٠ دينارا وكان مدينا بثلاثمائة دينار لثلاثة أشخاص بالسوية، فأعطى الورثة منها دائنين حقهم، ثم جاء الثالث فأقام البينة على دينه فإنه فى هذه الحال يتبع الورثة بخمسين دينارا باقى التركة، ويرجع على الغريمين الآخرين بما يكمل نصيبه لو أنه كان حاضرا فحاصهم، وهو لو حاصهم لكان له خمسة أسداس ماله، أى ثلاثة وثمانون دينارا، أخذ منها ٥٠ دينارا، فيرجع بالباقى وهو ثلاثة وثلاثون دينارا وثلث دينار مناصفة بين الدائنين الآخرين، فيكون لكل منهم ثلاثة وثمانون دينارا وثلث دينار.

فإن لم يترك الميت إلا مقدار الدين الذى دفعه الورثة إلى الغريمين، وهم لايعلمون بالثالث، لم يرجع هذا الغريم الثالث إذا حضر على الورثة بشىء، وإنما

يرجع على الغريمين الآخرين بقدر حصته لو حاصهم، فإن كان الورثة يعلمون دينه عند الأداء إلى الغريمين الآخـرين، رجع بحصتـه أيضا عليهـما، فإن أصابا عـدمًا رجع على الورثة بها لأنهم أضاعوا حقـه بالدفع إلى غيره مع علمهم به، وللورثة أن يتبعوا الغريمين بمـا دفعوا، يأخذونه منهما عند الميسرة، لأنهـما أخذا من التركة فوق مالهما بالمحاصة.

ذلك ما ذهب إليه المالكية ومنه ترى أن رأيهم الأول وهو عدم صحة تصرف الوارث متسق مع قولهم بأن لاملك لوارث فى التركة قبل أداء ما عليها من ديون. وأن رأيهم الثانى وهو صحة التصـرف ما دام لم يمس حق الدائن لا يتسق معه، إذ كيف يصـح تصرف الوارث فى تركـة لا يملكها، ولعل مـرجع هذا أنهم يعتـبرون الوارث خليـفة عن مورثه، وأن صـحة تصـرفه قبل ثبـوت ملكه مبنيـة على هذه الخلافة. أو أنهم يرون أن ما للوارث من حق فى التركـة يجعل مآلها إليه - إذا ما أدى إلى رب الدين دينه، أو تنازل رب الدين عن حقـه - كاف فى صحة تـصرفه ونفـاذه إذا مـارال المانع منـه، وهو تعلق حق الـغـيـر الذى مـنع من ثبـوت الملكية. واعتماد صحة التـصرف على مثل هذا الأساس يؤيده بعض الفروع المنقولة عنهم، فقد نقل عنهم أن هبة الوارث فى مرض موت مورثه لما سيرثه منه صحيحة لازمة إذا كان يعلم حصته من التركة، وعللوا ذلك بأنها آيلة إليه، وبأن غرضه فى الحقيـقة إنما يهبـه هذه الحصة إذا ملكها، وقـد فرق أكثرهم بين هبـة الوارث حال صحـة مورثـه وبين هبتـه حال مـرض مورثه، فلم يجـعلوها لازمة إلا فـى حال المرض، لتـعلق حقـه بها حال ذلـك. وإذن فلامانع مـن أن تكون صحـة تصرف الوارث فى التركة المدينة من هذا القبيل وإلا فلينظر وجه قولهم بالصحة[1].

رأى الحنابـلة : عند الحنابلة كـما ذكـرنا روايتـان، إحداهمـا أن الدين يمنع الوارث أن يتملك التركة المدينة سواء أكان لله سـبحانه وتعالى أم للعباد وهى رواية ابن منصور، ويراها بعض الحنابلة عامة تعم الدين المستـغرق وغير المستغرق ويراها آخرون خاصة بالدين المستغرق. والأخرى أن التركة المدينة تنتقل بالوفاة إلى الورثة مشغولا بالدين، ولا يمنع الدين الوارث أن يتملكها، وهى أصح الروايتين واختارها أبو بكر والقاضى يعلى وأصحابه، وقال ابن عقيل إنها المذهب.

---

(١) راجع الرهونى ج ٧ ص ١٧٦.

وبناء على الرواية الأولى يكون تصرف الوارث فى التركة المدينة قبل أداء الدين فاسدا، لأنه تصرف فيما لايملك، كما جاء فى الشرح الكبير، وكذلك الحكم عند قليل ممن اختاروا الرواية الثانية، لأن الوارث -وإن كان مالكا عندهم- يمنع من صحة تصرفه تعلق حق الدائنين بالتركة كما يمنع الرهن الراهن من أن يتصرف فى الرهن لتعلق حق المرتهن به، وهذا رأى مرجوح كما بينا.

أما على رأى الجمهرة من المالكية الذين اختاروا الرواية الثانية فتصرف الوارث فيها صحيح نافذ ما دام لم يمس حق الدائنين. فإذا باع شيئا منها أو وهبه أو رهنه صح تصرفه ونفذ إن قضى الدين أو التزمه، فإن لم يقضه أو التزمه فعجز عن وفائه، ولم يجد الدائن وفاء إلا من الشىء المتصرف فيه، فسخ التصرف، لا فرق فى ذلك بين الدين المستغرق وغير المستعرق، وهذا هو المذهب. قال صاحب كشاف القناع : ومقتضى هذا أن الوارث إذا التزم الدين فامتنع عن أدائه مع قدرته على ذلك أجبر على الأداء ولم يفسخ البيع. ومن الحنابلة من يرى أن تصرف الورثة فى التركة يترتب عليه مطالبتهم بديونها وإن لم يضمنوها، لأن إقدامهم عليه يعتبر كأنه ضمان لها، ولكن أيطالبون حينئذ بالديون كلها وإن زادت عن قيمة التركة أو يطالبون بمقدار قيمتها فقط؟ روايتان «راجع القواعد».

هذا إذا كان التصرف والدين قائم، فإذا تصرف الوارث ولا دين، ثم طرأ بعد ذلك دين، بأن رد مبيع باعه المورث قبل موته لظهور عيب فيه، أو ضمن المورث بعد موته قيمة حيوان تردى فى حفرة حفرها فى غير ملكه حال حياته، فلم يقم الوارث برد الثمن فى الصورة الأولى، ولا بدفع الضمان فى الصورة الثانية، كان لصاحب الحق حينئذ طلب فسخ التصرف فيتبع أعيان التركة أنى وجدت ليستوفى منها حقه، وقد ذكرنا مثل هذا الحكم عن الشافعية. قال ابن رجب فى قواعده : ومقتضى ما ذكروه من أن تصرف الوارث فى التركة المدينة ينفذ إذا أدى الورثة الدين، أنه لا ينفذ إلا بأدائه جميعه ولوكان أكثر قيمة من التركة، ولكن جاء فى الكافى أن الورثة إذا تصرفوا فى التركة لا يضمنون بتصرفهم إلا الأقل من قيمة التركة ومقدار الدين، وعلى ذلك إذا كان مقدار الدين أكثر من التركة قيمة فأدوا إلى الدائنين قيمة أعيان التركة فقط نفذ تصرفهم. وهذا أظهر، لأن لهم قبل التصرف كما سيأتى أن يستخلصوا أعيان التركة بأداء قيمتها إلى الغرماء لا بأداء ديونهم إذا مازادت عن قيمتها.

ومما تقدم يتبين لنا أن رأى الحنابلة على ما اختاره الجمهور متفق مع رأى المالكية، وإن اختلف الأساس فيما بينهم.

وإذن فالنتيجة الإجمالية أن للأئمة فى حكم تصرف الوارث فى التركة المدينة ثلاثة آراء :

الأول : عدم صحة تصرفه فيها مطلقا سواء أحاط الدين بها أم لم يحط. وهو قول جمهرة الشافعية وقول لبعض المالكية ومقتضى رواية عن أحمد، وعلى هذا الرأى لا ينقلب التصرف صحيحا بسداد الدين أو بالنزول عنه من أصحابه.

الثانى : عدم صحة تصرفه فيها إذا كان الدين محيطا بها ويقع فى هذه الحال باطلا فلايصح بعد ذلك إذا سدد الدين أو تنازل عنه ربه. أما إذا كان غير محيط فيصح تصرفه كما بيناه من قبل إذا لم يضر بالدائن وهو رأى جمهور الحنفية.

الثالث : صحة تصرف الوارث فيها مطلقا أحاط الدين بها أم لم يحط بشرط ألا يمس حقوق الدائنين على ما بينا، وهو قول جمهرة المالكية وجمهرة الحنابلة. وهذا القول عندى هو أرجح الأقوال وأولاها بالقبول، فقد رجحنا فيما مضى قول من ذهب إلى أن الوارث يتملك التركة المدينة بمجرد الوفاة مثقلة بحقوق الدائنين، لأنه أبعد الأقوال عن افتراض أمور غير موجودة، وأشدها اتساقا مع القواعد كما بينا، ولأن سبب الملكية قد تحقق وهو الوراثة الناشئة عن الوفاة فيترتب عليه أثره وهو ملك الوارث. غير أن ذلك الملك لا يسقط حقوقا للدائنين تعلقت بمال المتوفى، فيثبت فيه مع بقاء الحقوق متعلقة به، وإذا ثبت وجب أن يترتب عليه أثره وهو صحة التصرف فى ذاته على ألا يمس هذه الحقوق القائمة المتعلقة بالمال، فإذا مسها وجب إبطاله، وهذا القدر كاف فى رعاية هذه الحقوق وكافة بقائها والمحافظة عليها، فلا ينبغى أن يتجاوز - من غير ضرورة - إلى ما هو أبعد أثرا فيحكم بعدم ثبوت الملكية للوارث فى التركة المدينة حتى يبنى على ذلك بطلان التصرف فيها بطلانا تاما، وهذا هو رأى الحنابلة على أصح الروايتين عندهم، فقد علمت أنهم يجعلون الوارث مالكا للتركة المدينة بمجرد الوفاة مع تعلق حقوق الدائنين بها، وأن تصرفه فيها قبل أداء الدين نافذ إذا ما قضى الدين أو وجد الدائن فى باقى التركة وفاء أو تنازل عنه ربه أو التزمه الوارث وكان موسرا إلى آخر ما ذكرنا.

ذلك نظر فقهاء الشريعة أما ما أخذ به القانون المدنى المصرى فهو ينص على أن التركة تنتقل بمجرد الوفاة إلى الورثة محملة بحق عينى تبعى لصالح دائنيها هو بمثابة رهن ولكنه رهن قانونى إذ إن مصدره القانون وليس الاتفاق، وذلك شبيه بما ذهب إليه الشافعية من القول بأن التركة المدينة تعد مرهونة رهنا جعليا شرعيا.

وهذا الحق العينى لا ينفذ فى حق الغير الذى يتصرف له الوارث إلا إذا تم شهره إذ تنص المادة ٩١٤ مدنى على أنه إذا لم تكن التركة قد صفيت وفقا لأحكام التصفية جار لدائنى التركة العاديين أن ينفذوا بحقوقهم أو بما أوصى به لهم على عقارات التركة التى حصل التصرف فيها أو التى رتبت عليها حقوق عينية لمصلحة الغير إذا أشر بديونهم وفقا لأحكام القانون، وقد بينت المادة ١٤ من قانون الشهر العقارى هذه الأحكام كما نصت المادة ٨٧٩ / ٢ مدنى على أن يكون لقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى من الأثر فى حق الغير الذى يتعامل مع الورثة فى شأن عقارات التركة للتأشير المنصوص عليه فى المادة / ٩١٤.

ويستفاد من ذلك أن تصرف الوارث فى عقارات التركة قبل سداد الديون يعتبر تصرفا صادراً فيما يملك فلا يستطيع الدائن الذى تعلق حقه بأموال التركة أن يحتج بهذا الحق فى مواجهة من تصرف له إلا إذا كان قد شهر فى الوقت المناسب.

ذلك أنه إذا تصرف الوارث فى عقار من عقارات التركة ولم يؤشر الدائن بحقه أو لم يقيد الأمر الصادر بتعيين المصفى إلا بعد مضى سنة من تاريخ شهر حق الإرث فلا يستطيع الدائن أن ينفذ بحقه على ذلك العقار إلا إذا كان التأشير أو القيد سابقا على شهر التصرف، فإذا كان التصرف قد شهر قبل التأشير أو القيد انتقلت ملكية العقار إلى المتصرف له خالصة من حقوق الدائنين، ومثل هذه النتيجة لا يستطاع التسليم بها إلا إذا كان المتصرف له قد تلقى الملكية من مالك.

ويتضح من هذا أن نصوص التقنين المدنى وقانون الشهر تقوم على أساس انتقال أموال التركة إلى الورثة بمجرد الوفاة مع تعلق حق الدائنين بها، وقد جاءت هذه النصوص مطلقة فى خصوص هذا المبدأ بلا تفرقة بين تركة مدينة وأخرى غير مدينة، ولا يقدح فى سلامة هذا ما جاء فى المادة ٨٨٤ مدنى إذ ما جاء فيها من الحظر إنما يراد به تمكين المصفى من القيام بعملية التصفية على الوجه الأكمل ولا ما نص عليه فى المادة / ٨٨٩ مدنى إذ المقصود منه بيان خلوص باقى أموال التركة للورثة بعد سداد الديون ولا نعنى أن الورثة لم يكونوا ملاكا قبل هذا السداد.

وبناء على ما تقدم تكون مسئولية الوارث عن ديون التركة فى حدود ما ورثه من أموال عن مورثه وهذا ما ذهب إليه بعض الحنابلة.

وما دمنا قد بينا أن القانون المدنى يذهب إلى أن الورثة يتمكنون بمجرد الوفاة فإن تصرفهم فى التركة مطلقا يعتبر تصرفا صادرا فى ملكهم ويقع لذلك صحيحا ولايحول دون الصحة أن يكون المال الذى ورد عليه هذا التصرف مثقلا بحق عينى لصالح دائنى التركة إذ لا يمس هذا التصرف حق الدائن فلا يستطيع أن يتتبعه فى يد من تصرف معه[1].

من أسباب تملك الأعيان العقود من بيع وهبة ووصية وإجارة ومزارعة ومساقاة وصلح وجعالة وقسمة.

والعقود على العموم يجب أن تؤسس على رضا العاقد، فعقود المكره فاسدة عند جمهور الفقهاء وعلى ذلك لا تلحقها الصحة بعد وجودها، وذلك خلافا للحنفية الذين يجعلون عقود المكره فاسدة ولكنها تصح بإجارة المكره بعد زوال الإكراه عنه ومن ثم وصفها زفر بأنها عقود موقوفة لا فاسدة. ولسنا الآن بصدد بيان العقود والتعريف بحقائقها وطبائعها وأركانها وشروطها وما يترتب عليها من التزامات ونتائج، ولكنا بصدد بيان أن الشارع الإسلامى قد جعلها أسبابا لترتب آثارها عليها ترتيبا جعليا عند استيفائها جميع شروطها التى تعد بها عقودا صحيحة. والذى يعنينا الآن من ذلك أن من العقود ما يعد سببا لكسب ملكية الأعيان مثل البيع فإنه يفيد البائع ملكية الثمن ويفيد المشترى ملكية المبيع بتمام العقد دون توقف على القبض عقارا كان أم منقولا، غير أن تصرف المشترى فيه قبل قبضه محل خلاف بين الفقهاء يرجع فى تفصيله وبيانه إلى كتاب البيع. والبيع دائما يكون عينا إلا فى السلم فإنه يكون دينا فى الذمة ليستوفى بالعين والثمن إما عين إذا وقع عقد البيع على عين وإما دين إذا وقع على دين فى الذمة وعندئذ يستوفى بالعين، والهبة تفيد ملك العين فهى لا تكون إلا فى الأعيان ويملك بها الموهوب له العين الموهوبة بعد الإيجاب والقبول بقبضها، والوصية تفيد ملك العين إذا كانت وصية بعين فيملك الموصى له العين الموصى بها أو الحصة الشائعة الموصى بها من عين بوفاة الموصى مصرا على وصيته وقبول الموصى له الوصية دون توقف على قبض وقد لا يتوقف الملك الثابت بها على القبول كما فى الوصية للحمل عند

(١) راجع الملكية للدكتور الصدة ص ٧٢٧ وما بعدها ٤٨٧.

الحنفية أو لمن لايحصون فيثبت الملك للحمل بولادته حيا، ويثبت الملك لمن لا يحصون فى العين الموصى بها بإقباضهم إياها، أما قبل الإقباض فهم مجهولون ولا ملك مع جهالة المالك وإنما يتعلق بالتركة عندئذ مجرد حق لله تعالى مصرفه الجهة الخيرية الموصى لها.

أما إذا كانت وصية بنقود فإن التركة تعتبر بتمامها مثقلة بالمبلغ الموصي به حقا للموصى له، وإن كانت وصية بمنفعة أفادت الموصى له ملك المنفعة، ومن الفقهاء من ذهب إلى أن الوصية فى جميع أحوالها لا يتوقف التملك بها على القبول فيثبت الملك فيها للموصى له بمجرد وفاة الموصى ولا تنفذ فى أكثر من ثلث التركة إلا بإجازة الورثة وفى إجازتها للوارث خلاف - تراجع أحكام الوصية.

والإجارة إذا كانت الأجرة فيها عينا أفادت تملك المؤجر العين بمجرد العقد عند الجمهور وباستيفاء المنفعة، والمعقود عليها عند الحنفية والمزارعة عقد على العمل فى الأرض ببعض الخارج والخارج من الأرض عين يتملكه الزارع بعقد المزارعة مع العمل في الأرض والمساقاة عقد على العمل فى الشجر ببعض ثمره وذلك عين يتملكها المساقى بالعقد وبالعمل فى الشجر، والصلح عقد قاطع للنزاع المائل بين متخاصمين، فإذا كان محل الخصومة عينا وكان بدل الصلح عينا كذلك تمثل الصلح بأقرب العقود إليه فأفاد فى البدلين ما تفيده تلك العقود، والجعالة كالإجارة تفيد ملك الجعل بالتزام الجاعل وإتمام العامل العمل محل الالتزام. والقسمة تقوم على تميز نصيب الشائع فى المال المشترك على ما فصلناه فى بيان القسمة من أنها بالنظر إلى ما يأخذه الشريك من أنصباء شركائه نظير ما تركه لهم من نصيبه فيستفيد كل شريك بالقسمة ملك بعض أجزاء العين المشتركة.

ومما يلاحظ أن تملك الأعيان كما يكون بالعقد الذى ينشأ - ويوجد بالإيجاب والقبول على ما بيناه آنفا- كذلك قد يكون بالإرادة المنفردة كما فى الشفعة عند من يرى من الفقهاء أن الشفيع يتملك بعبارته الدالة على إرادة التملك بها بناء على إرادته وحدها وكما فى الشريك فى الدين المشترك بالنسبة لما يقضبه أحد الشركاء منه فإنه يتملك فى المقبوض وهو عين حصة بنسبة ما له فى الدين المشترك، وكما فى اللقطة عند بعض الفقهاء بعد التعريف بها وانقضاء مدته فإن الملتقط يتملكها بإرادته المنفردة وكما في تملك الأب ما لولده عند الحاجة إليه وعدم احتياج الولد إليه فإنه يتملكه بعبارته الدالة على ذلك دون توقف على قبول من الولد عند الحنابلة وغير ذلك من المسائل المنبثة فى أبواب الفقه.

أسباب ملك المنفعة

تضمن كلامنا فيما سبق بيان ملك المنفعة وبيان حق الانتفاع والفرق بين ملك المنفعة وملك حق الانتفاع، وأن حق الانتفاع يعد من الإباحة، ومن أحكامها قصر الانتفاع على من له هذا الحق دون غيره، وبينا أن الملكية فى المنافع قد تكون شائعة وذكرنا أسباب ملك المنفعة فى بيان الملكية الشائعة[1] وذلك مايغنينا عن إعادتها مرة أخرى، ولا يمنعنا ذلك من أن نذكر أن عقد الصلح إذا ما كان من قبيل الإجارة مثل أن يكون بدل الصلح منفعة عين معينة مثلا أفاد ملك المنفعة باعتباره إجارة وأن عقد المساقاة والمزارعة كلاهما يفيد مالك الأرض ومالك الشجر ملك منفعة المساقى والمزارع، وأن نشير هنا إلى أن المنافع التى تقبل الملك يشترط فيها أن تكون مباحة فلا تملك المنافع المحظورة كمنفعة الخنزير والميتة وأن تقبل المعاوضة عليها فلا تملك دور العبادة، وأن تكون متقومة فلا تملك منفعة التافة الحقير كحبة أرز ولا منعفة استئجار الأشجار لتجفيف الثياب أو للجلوس فى ظلها، وأن تكون مملوكة فلا تملك منفعة المباح انتفاعه، وأن تكون مقدورة التسليم فلا تملك منفعة الأخرس ليترافع بكلامه، وألا تكون واجبة الفعل والأداء فلا يصح الاستئجار على الصلاة المفروضة والحج المفروض على مؤديه، وأن تكون معلومة فلا تملك منفعة مجهولة كمن استأجر آلة لايدرى فيم تستعمل.

---

(1) صفحة ٣٠، وما بعدها.

أسباب تملك الحقوق

ليست الحقوق فى واقع أمرها إلا مصالح وليست المصالح إلا من قبيل المنافع، غير أن المنافع نوعان : حقوق شرعها الله سبحانه وتعالى لأصحابها بناء على أسباب تترتب عليها لضرورة وحاجات يتطلبها صلاح المجتمع ونظامه واستقراره وتوفير وسائل العيش والحياة الميسرة لأفراده، وقصدا إلى سد حاجتهم وتحقيق السلام بينهم، وهى أنواع كثيرة عديدة منها ما يتعلق بالأموال،ومنها ما يتعلق بالأسرة،ومنها مايتعلق بالنفوس،إلى غير ذلك كحق الولاية على النفس،وحق الولاية على المال،وحق الطاعة على الزوجة لزوجها،وعلى الرعية للأمير وحق الضم وحق المشاركة فى ولاية الأعمال العامة وغير ذلك من الحقوق.

ومنافع أو حقوق تكتسب من الأعيان أو تترتب على العقود أو على الالتزام على وجه عام وهى عديدة مختلفة باختلاف أسبابها مختلفة الأحكام باختلاف موضوعاتها وما تتعلق به، فماكان منها مكتسبا من الأعيان فقد سبق بيانه وبيان أسبابه، وما كان منها غير مكتسب من الأعيان بل رتبه الشارع على التعاقد والالتزام أو التكليف أو نحو ذلك فليس من اليسير جمعه وبيانه تحت عنوان عام كهذا، ولذا كان بيانه وبيان أسبابه فى ثنايا دراسة الفقه على العموم وما يحويه من عقود والتزام وتكليف ونحو ذلك. والله موفق للصواب.

محتويات الكتاب

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

